ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 23 • vol. 117 • nov.-dez. / 2015

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.ª Secretária
Eleonora Rangel Nacif
1.ª Tesoureira
Fernanda Regina Vilares
2.ª Tesoureira
Cecília de Souza Santos
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Carlos Roberto Isa

Conselho Consultivo

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

Ouvidor

Yuri Felix

Suplentes da Diretoria Executiva

André Adriano Nascimento da Silva
Bruno Amabile Bracco
Daniel Zaclis
Danilo Dias Ticami
Roberto Luiz Corcioli Filho

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Diogo Rudge Malan

Biblioteca
Bruno Salles Pereira Ribeiro

Boletim
José Carlos Abissamra Filho

Comunicação e Marketing
Rogério Fernando Taffarello

Convênios
Matheus Pupo

Cursos
Paulo Sérgio de Oliveira

Estudos e Projetos Legislativos
Renato Stanziola Vieira

Iniciação Científica
Alexis Couto de Brito

Mesas de Estudos e Debates
Andrea Cristina D'Angelo

Monografias
Fábio Roberto D'Avila

Núcleo de Pesquisas
Bruna Angotti

Relações Internacionais
Helena Regina Lobo da Costa

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo

Revista Liberdades
Roberto Luiz Corcioli Filho

Presidentes dos Grupos de Trabalho

Código Penal
Juliana Garcia Belloque

Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Milene Cristina Santos

Estudos das Escolas Penais
Alexis Couto de Brito

Infância e Juventude
Giancarlo Silkunas Vay

Justiça e Segurança
Humberto Barrionuevo Fabretti

Política Nacional de Drogas
Cristiano Avila Maronna

Sistema Prisional
Bruno Shimizu

Presidentes das Comissões Organizadoras

22.º Seminário Internacional
Sérgio Salomão Shecaira

20.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais - IBCCRIM
Fábio Roberto D'Avila

Atualização do Vocabulário Básico Controlado – VBC
Renato Watanabe de Morais

Concessão de bolsas de estudo e desenvolvimento acadêmico
Eleonora Rangel Nacif

Comissão Especial IBCCrim – Coimbra

Presidente
Beatriz Dias Rizzo

Secretário-geral
Rafael de Souza Lira

Sumário

Teoria Geral

A insignificância como sintoma da crise dogmática do direito penal e sua autonomia nos crimes tributários
Insignificance as a symptom of the dogmatic crisis in criminal law and its autonomy in relation to tax crimes
João Carlos Harger Junior 17

O perigo da imprópria universalização da dogmática penal
The danger of inappropriate univeralization of criminal dogmatic
Davi de Paiva Costa Tangerino e Rodrigo de Oliveira Ribeiro 51

Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais
Mediate perpetration by structural economic professional dependence in corporate crimes
Humberto Souza Santos 91

Parte Especial

Análise crítica dos crimes contra o respeito aos mortos no direito penal brasileiro
Critical analysis of the crimes against the dead people's respect in Brazilian criminal law
Décio Franco David 141

Da legitimidade da intervenção penal na ordem tributária
Legitimacy of the criminal actiontax on order
Jaqueline Tortola Ribeiro Sisti e Rodrigo Valente Giublin Teixeira 175

Processo Penal

A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica
The legal inconvenience of the inadmissibility of illegal evidence by your physical removal of the process and the continuity of the judge had her

knowledge. Reflections about impact of issue in the criminal prosecution of the economic crimes
MARIA EDITH CAMARGO RAMOS SALGRETTI 203

Impugnação da medida cautelar de sequestro por meio dos embargos de terceiro no processo penal
The third party motion to challenge the measure of seizure in criminal procedure
RAFAEL SERRA OLIVEIRA 241

Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal
Precautionary prisons, confirmation bias and the fundamental right of due cognition in criminal procedure
RICARDO JACOBSEN GLOECKNER 263

A "guerra contra o crime" e os crimes da guerra: flagrante e busca e apreensão nas periferias
The "war on crime" and the crimes of war: flagrant delict and search and seizure in the poor areas
ROSIVALDO TOSCANO DOS SANTOS JÚNIOR 287

CRIME E SOCIEDADE

Encarceramento como política social de combate às drogas: um estudo sobre *second codes* no julgamento dos adolescentes em conflito com a lei no Brasil
Incarceration as a social policy to combat drugs: a study on codes in second trial of adolescents in conflict with the law in Brazil
ÉRICA BABINI LAPA DO AMARAL MACHADO e CRISTHOVÃO FONSECA GONÇALVES 313

Porte de drogas para uso pessoal: direito penal mínimo, paternalismo estatal e uma nova hermenêutica constitucional
Drug possession for personal use: minimal criminal law, state paternalism and hermeneutics constitutional
LEANDRO DE CASTRO GOMES 333

A punição deve existir! Deve existir o direito penal?
Strafe muss sein! muss strafrecht sein?
SEBASTIAN SCHEERER
Tradução de RAPHAEL BOLDT 363

HISTÓRIA DO DIREITO PENAL

As normas punitivas dirigidas aos índios que viviam nas aldeias comandadas pelos jesuítas nas reduções do Paraguai, do Maranhão e do Pará entre os séculos XVII e XVIII
Standards punitive addressed to indians that lived in villages controlled by the jesuit reductions of Paraguay, Maranhão and Pará between the centuries XVII and XVIII
JULIA TEIXEIRA DE MELO 375

Dinâmica histórica da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil: análise crítica
A historical background of prison sentences in Brazil: a critical analysis
RODRIGO DUQUE ESTRADA ROIG 397

O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas
Presidential pardon: origins, evolution and perspectives
RODRIGO DE OLIVEIRA RIBEIRO 423

RESENHA

"Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco", de Antonio Doval Pais
Resenha por CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO 445

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 451

TEMAS 453

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 459

A INSIGNIFICÂNCIA COMO SINTOMA DA CRISE DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL E SUA AUTONOMIA NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

INSIGNIFICANCE AS A SYMPTOM OF THE DOGMATIC CRISIS IN CRIMINAL LAW AND ITS AUTONOMY IN RELATION TO TAX CRIMES

JOÃO CARLOS HARGER JUNIOR
Acadêmico do curso de Pós-Graduação.
joao@hsr.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Penal; Tributário

RESUMO: O presente artigo procura oferecer uma análise a respeito do princípio da insignificância como excludente de tipicidade nos crimes contra a ordem tributária, notadamente em razão da Portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda, que atualizou o patamar estatuído pela Lei 10.522/2002, para não ajuizamento de execuções fiscais de débitos iguais ou inferiores a R$ 20 mil. O estudo busca na doutrina e na jurisprudência do STJ e do STF conformar um raciocínio compatível com a ciência jurídico-penal. Ainda, analisaremos o art. 28 do Projeto de Lei do Senado - PLS n. 236/2012, que intenta estabelecer os vetores da insignificância como regra penal.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da insignificância - Crimes tributários - Jurisprudência penal - Novo Código Penal.

ABSTRACT: This article intends to present an analysis about the principle of insignificance as exclusionary of typicality in tax crimes, notably because of the Ordinance n. 72/2012 of the Ministry of Finance, which updated the baseline established by Law no. 10.522/02, for not filing a tax foreclosures of debts less than or equal to $20.000,00. The study aims in doctrine and jurisprudence of the Superior Court and the Supreme Court, conform a compatible reasoning with the criminal legal science. Also analyze the article 28 of the Bill in the Senate n. 236/2012, which intends to establish the vectors of insignificance as criminal rule.

KEYWORDS: Principle of insignificance - Tax crimes - Criminal jurisprudence - New Penal Code.

SUMÁRIO: 1. O que é insignificante?: 1.1 Desnudando dogmaticamente o princípio da insignificância - 2. O intérprete da Constituição e os vetores: 2.1 Da jurisprudência para a legislação - 3. A insignificância nos crimes contra a ordem tributária: 3.1 Os Tribunais e a portaria: a *vexata quaestio* - 4. Atual conjuntura da questão e as críticas doutrinárias - 5. Conclusão - 6. Referências bibliográficas.

HARGER JUNIOR, João Carlos. A insignificância como sintoma da crise dogmática do direito penal e sua autonomia nos crimes tributários. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 17-50. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

1. O QUE É INSIGNIFICANTE?

A[1] doutrina[2] é farta no sentido de conceituar o princípio da insignificância e estruturá-lo dentro de nossa sistemática penal, seja identificando sua natureza e apontando suas bases constitucionais, seja avaliando seus critérios de reconhecimento e sua concretização normativa.

Há uma grande divergência quanto à origem histórica da insignificância (SILVA, 2011), muitos apontam o seu nascedouro na restauração da máxima *minima non curat praetor* do direito romano, feita pelos juristas renascentistas; outros consideram que a origem da *bagatela*[3] se deu no desenvolvimento do princípio da legalidade, formulada pelos *jusfilósofos* iluministas. Porém, tais digressões não nos interessam para os fins desta pesquisa, mas sim que a partir de Claus Roxin, em 1964, tivemos a definição do princípio da insignificância (*Geringfügirkeitsprinzip*), principalmente em sua obra *Política criminal y sistema del derecho penal* (1972), asseverando que a não incidência do Direito Penal se dá pelo fato de que a conduta insignificante não é socialmente danosa em sentido material à luz do bem jurídico tutelado.

No Brasil, desde a obra de Carlos Vico Mañas (1994), diversos autores passaram a estudar mais detidamente a insignificância e esta, como fruto desta atenção científica, passou a ser amplamente aceita nos Tribunais.

Bitencourt (2013, p. 60), questionando-se acerca de qual ofensa configuraria um injusto típico, concluiu que a insignificância deve ser verificada a partir da "proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal", ou seja, deve-se buscar o afastamento do uso excessivo da sanção penal, quando "no caso concreto o grau de injusto seja mínimo" (PRADO, 2013).

Ainda com escólio em Bitencourt, diz-se insignificante a conduta que formalmente é crime (ou seja, ela amolda-se ao tipo penal – a chamada legalidade substancial), mas não há relevância material, o que "deslegitima a intervenção penal"

---

1. Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para a aprovação final na Especialização em Direito Penal e Processual Penal Empresarial do Centro Universitário – Católica de Santa Catarina em Joinville, realizado sob orientação do Professor Dr. Leonardo Schmitt de Bem.
2. Para fins deste estudo, definimos como crimes contra a ordem tributária (ou somente crimes tributários, em sentido amplo), as infrações penais tributárias, previdenciárias e o descaminho (art. 334, CP), vez que, conforme o REsp 1171559/RS, REsp 1162459 e HC 137144/PE, todos do STJ), a Lei 10.522/2002 aplica-se também a estes crimes.
3. *Bagatellprinzip*: Expressão cunhada por Klaus Tiedemann, apud GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

(QUEIROZ, 2013). Mas o que seriam estas ações ou omissões típicas e concretamente não ofensivas ao bem jurídico? Como aferir a gravidade de uma conduta?

O professor Greco (2013), isolando da estrutura do crime o fato típico, extrai seus elementos (conduta, resultado, nexo de causalidade e tipicidade) e, a partir da doutrina de Eugenio Raúl Zaffaroni, demonstra que a tipicidade penal é formada pela tipicidade formal somada à tipicidade conglobante, sendo esta composta pela antinormatividade e pela tipicidade material (materialização do tipo formal com uma lesão ou ameaça de lesão relevante ao bem juridicamente tutelado pelo Estado).[4]

Assim, segue o autor, focando nesta última elementar (tipicidade material), munido do conceito de razoabilidade, o aplicador do direito precisa ponderar se a conduta sob exame ofende de fato o bem jurídico tutelado, sendo, portanto, relevante – atentando-se sempre a ofensividade e a lesividade, como princípios constitucionais *prima facie* em nosso sistema penal.

Bem por isso, Mañas (1994) pondera que a insignificância seria um critério de interpretação restritiva, fundada na concepção material do tipo penal que levaria o intérprete a abster-se de aplicar o direito no caso em concreto, em casos de condutas que não atingissem de forma relevante os bens jurídicos protegidos.

Neste sentido, Nucci (2012) acrescenta que a questão pauta-se na intervenção mínima, afastando o Direito Penal em casos de pouca relevância, à luz, também, da fragmentariedade e da subsidiariedade (*ultima ratio*). Desta forma, conclui que não se pode legitimar um "império da brutalidade" com a intervenção do Direito Penal sobre toda e qualquer conduta (por mais que seja típica, no sentido formal da concepção do crime), mas sim, apenas nos casos em que se encontre um "eficiente equilíbrio entre liberdade e punição estatal" por intermédio da proporcionalidade e

4. Neste sentido: "A incidência do referido princípio, como é cediço, esvazia a própria tipicidade penal, fulminando, assim, o primeiro elemento do conceito analítico de crime, que, segundo a teoria tripartite, é o fato típico, antijurídico e culpável. Para ser fato típico, num primeiro momento, tem que estar previsto na norma penal. No entanto, a tipicidade penal não pode ser resumida à descrição legal do fato típico, devendo compreender também a tipicidade conglobante, na qual se insere a antinormatividade e a tipicidade material, ou seja, a efetiva lesividade, ofensividade, ao bem jurídico tutelado. A propósito: '*Habeas corpus*. Cabimento. Tentativa de furto. Ausência de tipicidade material. Inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado. Aplicação do princípio da insignificância. 1. (...). 3. A intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano com relevante lesividade. Inocorrência de tipicidade material, mas apenas a formal quando a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a ingerência da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima. É o chamado princípio da insignificância. 4. (...)' (HC 199.147/MG, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 19.08.2013)" (STJ, REsp 1409973/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 25.11.2013).

da razoabilidade (estes sendo mecanismos justos de quantificação da demanda punitiva e meios de proibição do excesso da reação penal).

Feita a necessária introdução, passamos as questões centrais.

1.1 Desnudando dogmaticamente o princípio da insignificância

Sendo o Direito Penal uma ciência dotada de conceitos próprios e finalidades específicas, deve-se sempre prezar pela coerência do sistema e a sua integração com os diversos ramos. Essa delimitação conceitual traz segurança e certeza para a fiel aplicação das normas jurídicas, fugindo do casuísmo e da arbitrariedade (juízo da própria consciência).

Assim, na *infração bagatelar própria*,[5] temos a insignificância propriamente dita, na qual a conduta não gera relevância penal (ela "nasce" irrelevante), pois não há proeminente desvalor da ação ou omissão e/ou há um irrelevante desvalor do resultado jurídico.

Deste modo, como espécie da infração bagatelar própria, temos a insignificância da conduta, do resultado, ou de ambos (GOMES, 2013).

À vista destas considerações, constata-se que o fato é formalmente típico, mas materialmente atípico, pois não havendo significativo desvalor da conduta e/ou do resultado, fatalmente haverá a exclusão da tipicidade.

Assim sendo, na escala elementar do crime, ausente a tipicidade material, não se analisa a seara da antijuridicidade do fato e muito menos da culpabilidade, sendo vedado ao intérprete antecipar para o âmbito da tipicidade os critérios do princípio da irrelevância penal[6] (*infração bagatelar imprópria*), tais como o *animus* do agente, seus antecedentes criminais, sua vida pregressa, eventual reincidência, o ínfimo desvalor de sua culpabilidade, dentre outros fatores *post factum* que indicam a (des) necessidade da pena. Caso isso ocorra, *estaríamos confundindo o injusto penal com a*

5. Pertinente a didática exposição do Professor Luiz Flávio Gomes (2013), que divide a infração bagatelar em *própria* e *imprópria*. Na primeira, temos a insignificância (causa de exclusão da tipicidade), conforme explicaremos no decorrer do trabalho. Na segunda, trata-se de causa excludente da punição concreta do fato – denominada de irrelevante penal – pautada na análise da culpabilidade (juízo de reprovação da conduta) e na necessidade concreta da pena. Sintetizando, a conduta, sob o viés da infração bagatelar imprópria, nasce relevante para o direito penal (pois há desvalor na conduta e no resultado), porém a aplicação da pena é desaconselhável sob a ótica de sua finalidade, em análise ao art. 59 do CP (forte na suficiência e necessidade "para reprovação e prevenção do crime", expostas nas circunstâncias judiciais do citado artigo). Para um aprofundamento na matéria: GOMES, Luiz Flávio. Op. cit.; SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

6. Neste sentido: STJ, HC 34641/RS, rel. Min. Felix Fischer.

sua reprovação, mesclando o delito com a pena, a teoria do delito com a teoria da pena, o injusto penal com culpabilidade (GOMES, 2013).

Derradeiramente, para a ponderação quanto à insignificância da conduta, apenas as circunstâncias do fato são relevantes para a análise do desvalor da conduta e/ou do resultado.[7]

Apesar de bem delineado pela doutrina, notadamente em Roxin, o grande problema da insignificância está na sua extensão. Porém, por mais subjetivo que possa parecer (conforme veremos abaixo), a aplicação do princípio da insignificância nos crimes tributários se dá de forma objetiva, sem qualquer desdobramento de cunho pessoal ou circunstancial.

2. O INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO E OS VETORES

O Departamento de Direito Penal da USP, em junho de 2011, sob coordenação do Professor Dr. Pierpaolo Cruz Bottini, analisou as decisões do STF que aplicaram o princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica, chegando às seguintes conclusões: (i) a aplicação do princípio é algo recentíssimo (tendo pouco mais de uma década de maturação); (ii) o reconhecimento da insignificância em crimes fiscais é muito maior do que nos crimes patrimoniais comuns.[8]

A partir disso, partindo dos contornos jurídicos do princípio da insignificância e escudado por ampla revisão doutrinária – que nos contextualizará em relação à primeira conclusão acima obtida pelo Departamento da USP – tomaremos à segunda conclusão como norte de pesquisa, em que adentraremos na aplicação do substrato "bagatelar" aos crimes fiscais, problematizando a matéria de acordo com a parametrização da insignificância pela Lei 10.522/2002, atualizado pela Portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda[9] e com a inclusão do princípio em estudo no texto normativo do Anteprojeto do Código Penal (PLS n. 236/2012).

Pois bem. Passaram-se 25 anos desde a primeira decisão do STF sobre o tema, quando o Min. Aldir Passarinho, em 1988, afastou a tipicidade de um crime de lesões corporais pela ínfima ofensividade (HC 66.869/PR), voltando a Suprema Cor-

7. Para Luiz Flávio Gomes (op. cit.), não se pode reconhecer o delito pelo que o sujeito ostenta (antecedentes, reincidência etc.), senão pelo o que ele praticou objetivamente e a concreta afetação do bem jurídico, da mesma forma que não se pode utilizar inquéritos policiais e ações penais para agravar a pena (Súm. 444, STJ).

8. Disponível em: [www.conjur.com.br/2011-set-06/direito-defesa-principio-insignificancia-stf-novidade]. Acesso em: 10.01.2014.

9. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

te a se utilizar deste critério de interpretação apenas em 1998, em ação penal por crime contra a administração pública (HC 77.003/PE).

Houve muita resistência para a adoção do princípio da insignificância em razão da inexistência de legislação que o reconheça (veremos que este argumento ressurgiu no STJ, no REsp 1.409.973/SP), ou seja, não havia (e ainda não há, exceto nos crimes militares – arts. 209, § 6.º, e 240, § 1.º, do CPM), metodologia própria cunhada em lei. Mas será que seria (ou é) necessária tal disposição legal?

O STF, em 2004, no HC 84.412/SP, ao aplicar a insignificância num caso de furto, estabeleceu os critérios, ou melhor, os *vetores* de verificação da bagatela, quais sejam: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.[10]

À vista disso originou-se uma falsa objetivação do princípio,[11] transfigurando sua natureza interpretativa para algo assemelhado a uma regra,[12] ou seja, partindo destes quatro vetores como premissas de necessário preenchimento no caso sob análise, teríamos a insignificância pautada em critério de validade (*all or nothing*), em vez de manter-se como um *mandado de otimização* (ALEXY, 2008, p. 80).

Corroborando com tal ideal, o princípio da insignificância, como estruturado na jurisprudência do Supremo, compõe-se de aparentes elementos objetivos, aplicados genericamente em conflito com a própria teoria do crime (eis que deveria afetar a tipicidade e encerrar-se aí, sem outras ponderações), abrindo diversas subjetivações quanto à pessoa acusada e circunstâncias fáticas.

10. Conforme ressalta Gomes (op. cit.), dos critérios fixados pelo Supremo, a ausência de periculosidade social da ação, mínima ofensividade da conduta e falta da reprovabilidade da conduta referem-se à conduta (desvalor da conduta). Já o critério da inexpressividade da lesão causado diz respeito ao resultado jurídico (desvalor do resultado). A respeito da necessária cumulatividade dos quatro requisitos, segue o Professor afirmando que, como a insignificância pode ser da conduta ou do resultado ou de ambos, não se mostra necessária a existência dos quatro requisitos para a aplicação do princípio da insignificância. Assim sendo se a conduta for insignificante, são exigidos os três critérios concernentes à conduta, quais sejam: ausência de periculosidade social da ação, mínima idoneidade ofensiva da conduta e falta de reprovabilidade da conduta. Caso a insignificância ocorra quanto ao resultado aplica-se somente o requisito concernente ao resultado, qual seja: inexpressividade da lesão jurídica causada. Agora, se a insignificância ocorrer tanto na conduta quanto no resultado, os quatros requisitos se fazem necessários cumulativamente. Em sentido contrário: STF, RHC 103552, 2.ª T., j. 01.06.2010, rel. Min. Eros Grau, *DJe*-116 divulg. 24.06.2010, public. 25.06.2010; *Ement.* vol. 2407-03, p. 717; e STJ, HC 83.144/DF, rel. 6.ª T., j. 25.05.2010, Min. Og Fernandes, *DJe* 21.06.2010.

11. Falsa objetivação porque os critérios mostram-se imensamente subjetivos.

12. Tanto é verdade que fizeram isso no anteprojeto do Novo Código Penal, como veremos abaixo.

Na detida análise das decisões que aplicaram a insignificância, é possível identificar que este princípio vagueia num limbo dogmático, eis que os parâmetros criados pelo STF, por mais que indiquem um norte para sua aplicação,[13] são imprecisos e abrangentes demais, a ponto de retirar a sua essência principiológica e, ao mesmo tempo, afasta-o do distrito das regras, justamente pela vagueza e indefinição de seu emprego quanto ao bem jurídico protegido, ao modo de agir, as circunstâncias pessoais (que na verdade nem deveriam ser analisadas, no máximo em casos restritíssimos, como em situações de grave ameaça ou violência contra pessoa).[14]

Os Tribunais vêm legitimando a adoção de tais vetores, amoldando caso a caso, de acordo com as particularidades apresentadas à análise, aplicando, inclusive, outras circunstâncias como a dimensão da lesão, extensão do perigo, quem era a vítima, qual era o bem jurídico protegido, em que local e momento se deu a conduta, entre outros.[15]

13. Sendo uma criação extremamente produtiva ao direito em vista do grande debate gerado e do notório conhecimento científico e comprometimento do Supremo com as questões de política criminal.

14. Pierpaolo Cruz Bottini, em coluna na *Conjur* (disponível em: [www.conjur.com.br/2011-jul-26/direito-defesa-principio-insignificancia-tema-construcao]), arremata tal argumentação dizendo que "a ausência de parâmetros mais definidos resultou na aplicação díspar do princípio, que ora se alarga, ora se comprime, em uma sequência aleatória de decisões que reflete a dificuldade de trabalhar com um instituto ainda em construção". Ainda na linha crítica, advoga Paulo Queiroz (2013, p. 95) que "tais requisitos são claramente tautológicos. Sim, porque, se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e a ação não perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprovação; e, pois, inexpressiva a lesão jurídica. Enfim, os supostos requisitos repetem a mesma ideia por meio de palavras diferentes, argumentando em círculo". Por fim, Bottini e Oliveira (disponível em: [www.conjur.com.br/2011-set-06/direito-defesa-principio-insignificancia-stf-novidade]), observam que "tais critérios não contribuem de nenhuma forma para delimitar o que pode ou não ser considerado insignificante em termos penais, e acabaram utilizados como argumentos universais, tanto para a concessão ou denegação de recursos com base no princípio da insignificância, sem que houvesse uma análise detalhada do que consiste a periculosidade social, o grau de reprovabilidade, ou a mínima ofensividade da conduta. Além disso, não há, atualmente, um consenso sobre o que pode ou não ser considerado insignificante, e há uma carência de reflexão doutrinária e jurisprudencial a fim de se conferir sentido uniforme à interpretação do princípio".

15. A título de exemplo, o Supremo já utilizou a ofensa a saúde pública como critério de não aplicação da insignificância num crime de descaminho de cigarro (HC 110964/SC), bem como a outros interesses públicos ou circunstâncias fáticas, tais como a atividade industrial interna (HC 100367/RS), a habitualidade (HC 102088/RS), e a "subtração de valor representativo de todo o valor encontrado no caixa" (RHC 96813/RJ); no STJ, a prática "audaciosa" de dois delitos qualificados pelo concurso de agentes na mesma região, num curto espaço de tempo, foi motivo para a não aplicação do princípio (HC 149.144/RS). O

O grande problema dessa irrestrita possibilidade de se trabalhar com o princípio, de modo livre e desapegado de qualquer estrutura dogmática, é a sua deformação quanto ao sistema normativo e a sua conformação de acordo com a subjetividade da demanda (questões políticas, sociais, íntimas,...), que afetam a ciência penal e a segurança jurídica.

Luiz Regis Prado (2013, p. 184) lucidamente coloca que na maioria dos casos em que se aplica a insignificância, a sua resolução poderia ser seguramente encontrada "por meio dos princípios da lesividade (ofensividade ou exclusiva proteção de bens jurídicos), da intervenção mínima e fragmentariedade, e também pelo princípio da proporcionalidade", fugindo da aplicação dos vetores em casos que não necessitam de ponderação além da tipicidade material da conduta (como nos crimes tributários).

Por mais que subsistam, tais vetores não se ambientam na atmosfera dos crimes tributários (previdenciários e no descaminho), visto que nestes a insignificância é imanente, originária do próprio desinteresse estatal sobre o objeto do crime.[16]

2.1 Da jurisprudência para a legislação

No Projeto de Lei do Senado n. 236/2012, a insignificância atingiu seu último estágio de inflexão para o conteúdo proposto pelo STF, visto que a tendência jurisprudencial foi incorporada no projeto de Lei. Vejamos:

"Exclusão do fato criminoso

Art. 28. Não há fato criminoso quando o agente o pratica:

I – no estrito cumprimento do dever legal;

II – no exercício regular de direito;

III – em estado de necessidade; ou

IV – em legítima defesa.

Princípio da insignificância

§ 1.º Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições:

---

grande problema dessa amplitude que se pode dar a insignificância é de uma livre apreciação do direito, podendo ser um excesso prejudicial à segurança jurídica e a composição do crime como realidade normativa típica, e não faticidade maleável a um discurso punitivo, em se buscam fundamentos para punir ou absolver, dependendo do caso concreto. Temos que ter uma definição científica, sem perder o rumo constitucional erigido pela Carta Política, qual seja: legalidade, culpabilidade, lesividade, proporcionalidade e humanidade.

16. Não adentraremos na problemática sobre a aplicação da insignificância nos crimes praticados com violência ou grave ameaça a pessoa, vez que alheia ao tema em debate.

a) mínima ofensividade da conduta do agente;

b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;

c) inexpressividade da lesão jurídica provocada".

Engessando a interpretação do princípio da insignificância numa regra de direito material, o Legislativo acaba por validar um argumento fundado no realismo jurídico, focado no interesse da situação concreta, que será aplicado para qualquer crime de forma linear, sem ponderar a necessidade da interferência penal em casos de inexpressividade da conduta (abstraindo qualquer outra questão subjetiva), como é o caso da Portaria MJ 75/2012, que limita o interesse do Estado para cobrar determinados créditos tributários.[17]

As críticas são várias.[18] Em comentários ao Relatório do Senador Pedro Taques em face da PLS n. 236/12, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim adverte que "não existe necessidade de tipificação de princípios" e que na citada PLS "pode-se identificar uma tendência de real expansão do Direito Penal no país (...) representando o crescente recurso à regulação social por meio da pena".[19]

17. Ivan Luiz da Silva, defendendo a insignificância como princípio penal, afirma que a sua função é de *norma normarum*, "fonte das fontes, conferindo, assim, harmonia e racionalidade ao sistema jurídico" (2011, p. 174), ou seja, seu conteúdo (fragmentariedade, intervenção mínima e subsidiariedade), deve regular o sistema penal de cima e não se tornar uma regra imutável.

18. Paulo Queiroz pontua a falta de critério do Legislador ao colocar lado a lado, como causa de exclusão de ilicitude ou justificação, a legítima defesa, o estado de necessidade e a insignificância, já que nesta última a exclusão é da tipicidade, e não da ilicitude, o que fez com que o Professor Adel El Tasse apontasse uma "aparente confusão do legislador sobre os elementos constitutivos do delito", e mais, condena o Legislador por atitude antidemocrática ao impor um posicionamento jurisprudencial em estado de construção e maturação. Afirma o Professor Paranaense que "os requisitos do princípio da insignificância são critérios que se desenvolvem com as mutações sociais, sendo a amarra legislativa apenas uma forma de, em curto espaço de tempo, gerar a não adaptação da legislação às novas realidades sociais" (Anteprojeto de Código Penal: análise crítica da Parte Geral. Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/22656]. Acesso em: 22.08.2013).

19. Segue a fundamentação estampada no parecer: "Partindo de um raciocínio em abstrato, cabe sempre avaliar a inadequação de se tipificar um princípio constitucional, em virtude de sua própria característica inerente de guia orientador geral, de parâmetro para a elaboração e aplicação de regras infraconstitucionais. Há o risco de que a exagerada delimitação do preceito constitucional (assim como sua demasiada amplitude) acabe por dificultar o potencial criativo da jurisprudência e a própria aplicação prática do princípio. (...) pelo simples equívoco de se pretender tipificar um princípio abstrato, como se isso fosse a solução do problema de aplicação pontual do mesmo, é de se ter a conduta errática colocada. Há o risco de que tal redação seja interpretada de maneira a delimitar a aplicação do princípio, com a mesma lógica automatizada empregada em parte dos julgados sobre este tema, limitando a liberdade de criação dos tribunais e desestimulando a reflexão crítica da

Se há uma necessidade de previsão legal do debatido princípio (de modo a reservar garantias ao acusado e solidificar a mensagem de política criminal que informa que o Direito Penal é subsidiário), a proposta do Instituto dos Advogados Brasileiros seria a mais fiel ao seu alcance efetivo:[20] *não há crime quando o agente pratica fato cuja lesividade é insignificante* (desvalor do resultado) e ainda é atípica a conduta incapaz de ofender bem jurídico tutelado pela lei penal (desvalor da conduta), este último, conforme a redação original do PLS n. 312/2010.

Nesta linha de raciocínio, afirma Alaor Leite[21] que:

"A exposição das condições não representa nenhum ganho para a segurança jurídica, já que a discussão não se trava no plano da adoção do princípio da insignificância, mas na determinação de seus critérios, e as alíneas *a*, *b* e *c* do art. 28 poderiam ser suprimidas. Esta determinação está longe de ser pacífica, como parece presumir o Projeto. Bastava a mensagem de que, para a configuração do injusto material, exige-se uma lesão não insignificante de bem jurídico, como espécie de lembrete oficial aos magistrados que o Direito Penal oferece proteção subsidiária de bens jurídicos".

Finalizando, o crime não se resume a adequação típica formal, mas necessita de uma lesão concreta relevante, sendo que por esta concepção material que compõe o crime, entende-se que a insignificância é um princípio e deve atuar como um limite à legalidade estrita em fatos nímios, de pouca ofensividade ao bem jurídico, reservando o fato insignificante para as outras áreas do Direito.

Permanecendo como princípio, dependendo do fato concreto (e da tipicidade formal), a insignificância teria diversas roupagens, mas o mesmo corpo: em todos os casos, trabalharíamos com a sua essência (intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade), porém, atentando-se às peculiaridades dos crimes em espécie, como no caso dos crimes tributários.

3. A INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

A insignificância nos crimes tributários não é algo que está oculto no pensamento dos julgadores, aguardando que seja amoldado subjetivamente para este ou aquele caso. Peculiarmente, no âmbito dos crimes contra a ordem tributária, temos

---

doutrina do Direito Penal. Por tais razões, repudia-se a proposta feita" (Disponível em: [www.ibccrim.org.br/docs/codigo_penal.pdf]. Acesso em: 10.01.2014).

20. Tal proposta (Indicação n. 102/2010) foi realizada no PLS n. 312/2010, que tramita em conjunto com o PLS n. 236/2012.

21. LEITE, Alaor. Erros, causas de justificação e causas de exculpação no Novo Projeto de Código Penal. *Revista Liberdades*. Disponível em: [www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=134].

um elemento objetivo único, ditado pela vítima do suposto crime fiscal (Estado), como veremos.

Partindo da premissa que o Direito Penal é subsidiário, ou seja, atua apenas na última fronteira da intervenção jurídica, como derradeira medida (*ultima ratio*), temos que o art. 20 da Lei 10.522/2002, irradia efeitos para a esfera penal pela anunciada baixa lesividade da conduta (irrelevância administrativa), que consequentemente impossibilita a ofensa ao bem jurídico protegido nos crimes de descaminho, sonegação fiscal e outros similares.

Mas isso não seria nenhuma novidade,[22] aliás, conforme a doutrina e a jurisprudência, a incidência do princípio da insignificância nos crimes tributários encontra-se relacionado às normas que disciplinam a execução fiscal (BITENCOURT, 2013, p. 95).

O debate volta-se ao HC 118256/SC do Supremo, que arrosta a questão da insignificância sob o viés do entendimento da Receita Federal plasmado na Portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda.

No art. 1.º da referida Portaria temos que não haverá inscrição em Dívida Ativa, ou seja, não haverá crédito exigível contra o contribuinte (art. 201 do CTN), dos débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R$ 1.000,00 (mil reais), e ainda, não haverá ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais). No primeiro caso temos a inexistência de crédito exigível, na segunda hipótese temos um crédito exigível, mas não exequível. Qual a repercussão disto na esfera penal?

22. "*Habeas corpus*. Descaminho. Montante dos impostos não pagos. Dispensa legal de cobrança em autos de execução fiscal. Lei 10.522/2002, art. 20. Irrelevância administrativa da conduta. Inobservância aos princípios que regem o direito penal. Ausência de justa causa. Ordem concedida. 1. De acordo com o art. 20 da Lei 10.522/2002, na redação dada pela Lei 11.033/2004, os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a dez mil reais serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da legalidade. 2. O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor, em possível continuidade delitiva. 3. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. (...) 5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal." (HC 92438, 2.ª T., j. 19.08.2008, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe*-241 divulg. 18.12.2008, public. 19.12.2008; *Ement.* vol. 2346-04, p. 925; *RTJ* vol. 207-03, p. 1163.) Ainda, vide os *Informativos* 516 e 406 do STF e do STJ, respectivamente.

A insignificância manifesta-se na tipicidade, vedando-se qualquer ponderação acerca dos outros elementos (antijuridicidade e culpabilidade da conduta), pois, tratando-se o Direito Penal de uma ciência (em que se espera segurança para sua aplicação), temos que construir a argumentação sobre bases teóricas firmes, compondo uma uniformidade lógica dos elementos jurídicos que compõe o universo desta matéria.

Por isso mesmo que, sendo o fato insignificante uma conduta não típica, encerra-se na tipicidade material o exame do fato concreto juridicizado, impossibilitando qualquer censura ou argumentação quanto às questões pessoais do acusado (periculosidade, antecedentes, profissão...), circunstâncias da conduta (agravantes, *modus operandi*...), e demais observações que transpassam a seara da tipicidade.[23]

Nesta toada, após a acolhida do princípio da insignificância pelos Tribunais, viu-se que sua finalidade dirigida era de *correção da abstração do tipo penal*, como afirma José Henrique Guaracy Rebêlo (2000). Ou seja, a insignificância, como instrumento de interpretação, serve para retirar do plano do tipo penal bens que, quando analisados num plano concreto, são considerados de importância menor àquela exigida pelo tipo penal em sua proteção em abstrato (GRECO, 2011).[24]

É exatamente isto que Feldens (2012, p. 67) conclui na sua pesquisa a respeito da Constituição como limite material do Direito Penal, conforme segue:

"A partir de um modelo de exclusiva proteção de bens jurídicos, a conduta, para que adquira o que os penalistas denominam dignidade penal, haveria de retratar uma hipótese de ofensa (dano ou perigo) a um bem, interesse ou direito alheio (individual ou transindividual).

(...)

23. Neste sentido: "A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem a ação em delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal pelo fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuricidade tem que estar, por sua vez, concretizada nos tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão vinculadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior" (WELZEL, 2001).

24. A *contrario sensu*: Note-se que a irrelevância da conduta para o direito penal deve ser aferida não em relação à importância do bem juridicamente tutelado, o qual é eleito pelo poder legislativo, mas sim em função do grau de intensidade da lesão, sob pena de se violar o princípio constitucional da separação dos Poderes. Portanto, não sendo insignificante a conduta propriamente, o princípio da insignificância deve ser apreciado caso a caso, de acordo com o contexto apresentado. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, a "insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica" (BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61; STJ, REsp 1409973/SP, Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 25.11.2013).

Enquanto requisito legitimador da criminalização, a exigência de ofensividade encontra fundamento no próprio direito (fundamental) de liberdade, que não pode estar ameaçado de restrição por ingerências estatais excessivas (inadequadas ou desnecessárias)".

É na questão da justa causa[25] que poderemos resolver esta questão. Para uma lapidar subsunção do comportamento do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, é preciso voltar a atenção a importância do bem ofendido,[26] como pontua Rogério Greco (2011), em convergência com o atual posicionamento de Roxin sobre o tema.[27]

Insistimos nisso, pois o crime tributário tem por bem jurídico protegido a ordem tributária, sendo esta, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 33), a "atividade administrada pelo Estado, personificada na Fazenda Pública dos distintos entes estatais (...) dirigida à arrecadação de ingressos e à gestão de gastos em benefício da sociedade", protegendo-se, portanto, materialmente, "o patrimônio administrado pela Fazenda Pública na sua faceta de ingressos e gastos públicos".

Assim, evidente a falta de justa causa para o desencadeamento de ação penal pela não afetação do bem jurídico, quando a própria Fazenda Pública reconhece a irrelevância da conduta praticada.

Fato é que o patrimônio, como conteúdo material do bem jurídico *ordem tributária*, é disponível[28] (conforme atesta a Lei 10.522/2002 e a Portaria MF 75/2012),

25. O Código de Processo Penal Alemão, a solução para a criminalidade de bagatela está na mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal (§ 153), diferentemente do Brasil, onde a solução está no direito material (o injusto material dos delitos pressupõe uma lesão não insignificante de bens jurídicos), conforme elucida Alaor Leite em *Revista Liberdades*: Reforma do Código Penal. Por certo, a falta de justa causa surge justamente pela atipicidade da conduta insignificante, não adentrando na discussão da obrigatoriedade da ação penal. Neste sentido: HC 92438, 2.ª T., j. 19.08.2008, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe*-241 divulg. 18.12.2008, public. 19.12.2008; *Ement.* vol. 2346-04, p. 925; *RTJ* vol. 207-03, p. 1163.

26. Como adverte Guilherme Merolli (2010, p. 348), citando Zaffaroni: "arrancamos do tipo penal à norma, e, num segundo momento, desta ao bem jurídico – ou seja, devemos sempre vislumbrar que, por detrás de todo e qualquer modelo legal de conduta proibida ou ordenada (tipo penal), viceja um bem jurídico-penal determinado".

27. Afirma Roxin que "somente uma interpretação estritamente referida ao bem jurídico e que atenda ao respectivo tipo de injusto deixa claro porque uma parte das condutas insignificantes é atípica e geralmente está excluída pelo próprio conteúdo penal" (ROXIN, Claus. 1997, p. 297).

28. A disponibilidade aqui deve ser lida não como a renúncia propriamente dita da receita tributária, mas sim de disponibilidade no tocante a administração fazendária (aspecto instrumental da Administração Pública), sempre voltada ao interesse público e o que estiver

sendo que, considerando o valor do bem jurídico concretamente e sob o ponto de vista da vítima (administração fazendária), não há legitimação punitiva estatal quando a dívida fiscal for insignificante para qualquer espécie de cobrança (NUCCI, 2012, p. 195).

O consentimento da vítima, por meio da Lei e da Portaria do Ministério da Fazenda, exclui a tipicidade material e afasta a conflitividade, não havendo, portanto, risco proibido (GOMES, 2013, p. 212).

À vista deste significado, sabedores que o sujeito passivo dos crimes tributários é o Estado, tendo como vítima, especificamente, a Fazenda Pública, analisaremos abaixo os efeitos penais da Portaria MF 75/2012.

3.1 Os Tribunais e a portaria: a vexata quaestio

Recentemente, o STJ manifestou-se acerca da incidência do princípio da insignificância pautado na Portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda, no AgRg no Ag em REsp 293.500/RS, em que a insigne Dra. Min. Regina Helena Costa negou o provimento do recurso interposto e consequentemente afastou a tese da insignificância, com a argumentação de que a referida Portaria, apesar de prever o não ajuizamento das execuções fiscais com débitos inferiores ao patamar estipulado, trouxe exceções a esta regra, visto o *elevado potencial de recuperabilidade do crédito* (art. 1.°, § 6.°), *critérios de eficiência, economicidade, praticidade e peculiaridades regionais e/ou do débito* (art. 1.°, § 7.°), constatação de *garantia útil à satisfação do crédito* (art. 2.°) ou outras formas de cobrança extrajudicial dos débitos (art. 6.°), o que levou a Ministra a concluir que "se a execução fiscal pode prosseguir por valor inferior ao apontado, consoante a disciplina legal, então tal montante não pode ser considerado insignificante".[29]

---

prescrito em lei. Como explica Machado (2011, p. 84), a justificativa, no caso em debate, seria que o dispêndio de recursos financeiros com a ação de cobrança supera o valor que a Fazenda Pública pretende receber.

29. A crítica que se faz em relação a tais argumentos repousaria na autonomia do direito e na independência científica de seus elementos. Não se pode trabalhar com a exceção (a incerteza) da regra exposta na Portaria do Ministério da Fazenda para sustentar uma argumentação. Tais exceções ao ajuizamento das execuções por valor inferior ao estabelecido na normativa dizem respeito à cobrança eficiente pela comodidade da situação para a Fazenda Pública (como uma garantia útil ou o protesto extrajudicial). Ou seja, para a Ministra, sendo ajuizada ou não a cobrança, o direito penal deve punir, independentemente do interesse do Estado em reaver tais créditos. *Data venia*, tal entendimento é insustentável e parte de um raciocínio de lógica administrativo-tributária e não penal. A política fiscal empresta todos os seus interesses para o direito como um todo (ora, o direito é uno e indivisível!), sendo que esses efeitos irradiados para os demais ramos são recepcionados de

E mais, no acórdão, o STJ, pautado nos famigerados vetores da insignificância – que longe de se tornarem um critério pacífico na comunidade jurídica[30] – entendeu que, vencidos os argumentos acima, ainda assim o princípio em questão não haveria de ser aplicado, "ante o elevado o grau de reprovabilidade da conduta de agentes que, reiteradamente, praticam crimes da mesma natureza, bem como para os delinquentes habituais, não há como afastar a periculosidade social da ação, a fim de reconhecer a atipicidade material da conduta pela aplicação do princípio da insignificância".[31]

---

maneira diferente, em razão das peculiaridades dessas matérias. No direito penal, em especial, pela subsidiariedade, nesta situação, falta justa causa para o exercício da jurisdição penal pelo desinteresse no crédito, objeto do crime. O direito penal precisa resgatar suas raízes para retomar sua autonomia e dependência científica, como sempre alerta Lênio Streck. Argumentos teleológicos, de política fiscal, não podem afastar do direito penal sua essência fragmentária e subsidiária, pois a partir do momento que o Estado decide que não cobrará mais débitos abaixo de um determinado valor (movido por interesses estatais conectados à conveniência, economicidade e eficácia administrativas, ou qualquer outra justificativa), por certo que a última instância de proteção individual e social não será comprometida; não há lesão suficiente ao bem protegido.

30. Sobre os critérios do princípio da insignificância e o projeto no Novo Código Penal, o professor Alaor Leite, analisa: "A relação entre ciência, jurisprudência e legislação é outra temática fundamental em momentos de reforma e demandaria um estudo à parte. Dito de forma abreviada, a legislação que desconfia da ciência e da jurisprudência tende ao excesso definitório, tende a ser prolixa, o que, sendo já um defeito grave para a ciência e jurisprudência, é simplesmente inaceitável para a legislação. A Exposição anuncia que a jurisprudência do STF foi, em regra, confirmada e positivada. Não creio ser saudável dar esse passo, ao menos não sem uma reflexão detida. A ciência, como dito, não foi convidada, e a jurisprudência vai, aos poucos, sendo engessada. Tudo isso *sem o correspondente ganho* de segurança jurídica, na medida em que pouco ajuda positivar o concurso de leis penais (art. 12 e seus parágrafos) ou o princípio da insignificância (art. 28, § 1.°; ver infra, III, 2, *d*), quando os verdadeiros problemas interpretativos não dizem respeito ao reconhecimento *in abstracto* dessas figuras jurídicas, mas à determinação concreta de seus critérios. Primeiro, as súmulas consolidaram entendimentos jurisprudenciais, algo já em si discutível em uma democracia em que o Poder Judiciário não legisla. Agora, o Código Penal irá positivar determinados entendimentos jurisprudenciais, por vezes pontuais e que sequer deviam compor a preocupação do legislador. A justificativa, imagino, está não mais na já referida "funcionalidade social", mas na funcionalidade interna da própria administração da justiça, em torno da qual se entoam atualmente palavras de ordem como eficiência e celeridade. Assusta pensar no próximo passo" (op. cit.).

31. Anteriormente, no AgRg no REsp 1.392.164/PR, o STJ já havia combatido a indigitada Portaria do MF, afirmando que esta "não deve ser aplicada para efeito da insignificância, visto que, ao comparar-se o texto do art. 20 da Lei 10.522/2002 com o desta portaria, é constatado que o limite de R$ 20.000,00 somente é aplicável quando não houver, nos autos, garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito", ou seja, "se não houver ga-

Como contraponto, segue decisão de lavra do Min. Ayres Britto, que, com argumentos criminológicos e uma visão lógica do sistema penal, afastaria a argumentação acima:

"O postulado da insignificância opera como vetor interpretativo do tipo penal, que tem o objetivo de excluir da abrangência do Direito Criminal condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico por ele tutelado. Tal forma de interpretação assume contornos de uma válida medida de política criminal, visando, para além de uma desnecessária carceirização, ao descongestionamento de uma Justiça Penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral. (...) 5. Não há sentido lógico permitir que alguém seja processado, criminalmente, pela falta de recolhimento de um tributo que nem sequer se tem a certeza de que será cobrado no âmbito administrativo-tributário do Estado. Estado julgador que só é de lançar mão do direito penal para a tutela de bens jurídicos de cuja relevância não se tenha dúvida. 6. Jurisprudência pacífica de ambas as Turmas desta Suprema Corte: RE 550.761, da relatoria do Min. Menezes Direito (1.ª .; RE 536.486, da relatoria da Min. Ellen Gracie (2.ª T.); e HC 92.438, da relatoria do Min. Joaquim Barbosa (2.ª T.). 7. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória" (STF, HC 100177, 1.ª T., j. 22.06.2010, rel. Min. Ayres Britto, *DJe*-154 divulg. 19.08.2010, public. 20.08.2010; *Ement.* vol. 2411-03, p. 575).

Se o Estado, pautado no princípio da eficiência, delimita quais são os débitos relevantes para a atuação otimizada da administração pública dentro de critérios de política econômica, e por mais que não sejam valores irrisórios numa concepção monetária, são ínfimos sob o aspecto da ofensividade ao bem jurídico ordem tributária, sendo esta, justamente, a própria atividade tributária administrada pelo mesmo Estado que, de acordo com diretrizes orçamentárias, não promoverá a cobrança.

Com isso, caem por terra os argumentos que buscam critérios financeiros, parametrização em salário mínimo ou realismo socioeconômico do país para justificar a não incidência do tributo (como no REsp 1.409.973/SP), já que o fundamento para a incidência da insignificância (e da consequente atipicidade material do fato), não está no desvalor resultado (*nullum crimen sine iniuria*), mas sim no desvalor da

rantia, a execução até R$ 20.000,00 será arquivada, mas se houver, prosseguirá". Indagamo-nos: a garantia do débito, nesta linha de raciocínio, seria uma condição de procedibilidade da ação penal? Ela emprestaria justa causa à acusação? Ou seja, uma circunstância de segurança e viabilidade para a satisfação do crédito seria critério para a composição da tipicidade material e não aplicação da insignificância?

HARGER JUNIOR, João Carlos. A insignificância como sintoma da crise dogmática do direito penal e sua autonomia nos crimes tributários. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 17-50. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

conduta, já que esta não cria risco proibido relevante,[32] sendo despicienda as considerações extrajurídicas em relação ao valor da referida Portaria.[33]

Ademais, uma *tentativa de valoração socioeconômica média da sociedade* (PRADO, 2013, p. 184), generalizando um valor como parâmetro para a aplicação da insignificância, serviria apenas como um dos elementos de análise para os delitos que não possuem um *quantum* preestabelecido do princípio (como é o caso do furto).[34]

Seguindo nesta linha de raciocínio, reside aqui a justificativa de que as circunstâncias fáticas e pessoais do agente são desnecessárias e irrelevantes, já que a conduta em si mostra-se insuficiente (inexpressividade da lesão jurídica provocada).[35]

Esse critério objetivo exposto na citada Portaria é a irrelevância dos débitos, por opção estatal,[36] em montante inferior àquele utilizado para o arquivamento dos

32. Conforme ensina Luiz Flávio Gomes (2013, p. 79), isso se explica porque o crime nasce insignificante (crime bagatelar próprio), sendo que a insignificância pode se manifestar na conduta, no resultado ou em ambos. *In casu*, como demonstrado, a evidenciação se dá na conduta.

33. Nos crimes de sonegação, o resultado do cometimento do ilícito, em vista de um suposto benefício do réu, também não poderia constar como argumento idôneo para justificar a não incidência da insignificância, já que, como já declarado pelo Ministério da Justiça, estes crimes "não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores (...), o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal" (Exposição de Motivos n. 692/MJ).

34. A falta de critérios para a insignificância fez com que o Supremo solidificasse em sua jurisprudência os quatro vetores já estudados. Porém, tais critérios são revestidos de elevada subjetividade, de difícil mensuração, diferentemente do que ocorre nos crimes tributários, que diante da imensidão do penalmente indiferente, objetivamente, estabeleceu-se o *quantum* do crédito que não será perseguido, que se traduz em irrelevante penal, faltando justa causa para a ação penal. Portanto, não há razões para buscar outros critérios para ponderar a ofensa a ordem tributária (como o prejuízo causado, condições socioeconômicas da vítima, circunstâncias fáticas e pessoais (...)). Nesta linha, sobre os vetores da insignificância, afirma o Min. Og Fernandes: "Penso que, embora seja possível avaliar a possibilidade de emprego do princípio da insignificância à luz dos referidos critérios, é preciso, hoje, fazer uma nova leitura de tais pressupostos. *É preciso observar que somente a análise do caso concreto revelará a possibilidade de aplicação ou não do referido princípio*". Disponível em: [www.stj.gov.br/portal_stj/objeto/texto/impresso.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=109585].

35. Estamos aqui discutindo tal problemática no universo dos crimes tributários, em que não há violência ou grave ameaça, nem mesmo um dano individual relevante (já que há norma expressa de irrelevância da conduta publicada pelo Ministério da Fazenda). Para os outros crimes, como o furto, não abordaremos nesta oportunidade.

36. Importante destacar que o valor estabelecido na Portaria adveio de estudos promovidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, nos quais destacou-se que as ações

procedimentos administrativos tributários, gerando uma falta de conformação da tipicidade. Definindo tal valor, determina-se a ausência de interesse da Administração na cobrança, pelas vias civil e administrativa, da quantia tributária devida, de modo que não poderá conduzir, com tanto mais razão, à persecução no âmbito criminal.

A equação é muito lógica: se o montante é desconsiderado para fins de cobrança, não há relevância civil-administrativa, quanto menos haverá relevância penal, em obediência a tríade intervenção mínima, fragmentariedade e lesividade,[37] princípios tão caros no Direito Penal que não podem ser simplesmente afastados por argumentos teleológicos, que impõe um realismo antilegalista e utilitarista, desvirtuando a finalidade do Direito Penal, que não é servir de instrumento para os outros ramos do direito, mas sim proteger bens jurídicos que não podem ser tutelados de outra forma.

Portanto, não há *lesividade* pelo fato de que a própria vítima estabelece, objetivamente, um valor que a conduta seria incapaz de ofender o bem jurídico tutelado;[38] não há, tampouco, necessidade *de intervenção do Direito Penal*, eis que, como *ultima ratio*, não havendo interesse do Estado para a utilização dos instrumentos cíveis ou administrativos,[39] não pode o Direito Penal apropriar-se de espaços políticos-jurídicos, subvertendo o seu caráter subsidiário,[40] transformando-se em *prima ratio*,

---

de execuções fiscais de débitos menores que R$ 21,7 mil, a União não conseguiria recuperar valor igual ou superior ao despendido para custear o processo judicial (disponível em: [www.conjur.com.br/2012-mar-26/pgfn-aumenta-20-mil-valor-minimo-execucoes-fiscais]. Acesso em: 25.01.2014).

37. Tais princípios, juntamente com o princípio da legalidade, elegem os bens jurídicos que merecem tutela estatal, sendo que estes, no compromisso de corrigir a tipicidade no caso concreto, norteiam também a aplicação da insignificância.

38. Reforçando a ideia: diante do valor previsto na normativa do Ministério da Fazenda, que diz respeito diretamente ao patrimônio do Estado (portanto, atingindo a denominada "ordem tributária"), temos que um fato não pode constituir ilícito penal se não for ofensivo (lesivo ou perigoso) ao bem jurídico protegido.

39. Conforme leciona Paulo Queiroz (2013, p. 93): "Efetivamente, tendo a União renunciado à execução forçada do crédito, por entender que os custos daí resultantes não justificam a mobilização do Judiciário, não faria sentido algum promover a ação penal em tais casos, em razão do caráter subsidiário do direito penal, que é um *plus* relativamente à intervenção civil".

40. Observa o Professor Pierpaolo Bottini: "Como aponta a jurisprudência, se nos casos de sonegação até este valor a própria vítima — Poder Público — não age para obter a restituição dos valores, não cabe ao Direito Penal interceder. Tudo em respeito ao princípio da subsidiariedade, que coloca o Direito Penal como *último instrumento* de repressão, apenas quan-

em prol de um eficientismo penal cego e imediatista;[41] por fim, a fragmentariedade, corolário do anterior, resta inobservada, já que sendo o Direito Penal um fragmento do ordenamento jurídico, apenas se preocupa com as agressões consideradas socialmente intoleráveis, de necessária intervenção diante da infinidade de ações proibidas e bens jurídicos protegidos, o que vai de encontro à deliberada disposição dos débitos fiscais pela Fazenda Pública.

No Supremo, no HC 118.000/PR, j. 03.09.2013, apesar de reconhecer que a Portaria MF 75/2012 atualizou o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), determinado pelo art. 20 da Lei 10.522/2002[42] (ou seja, à primeira vista seria possível aplicar a insignificância em valores abaixo de R$ 20.000,00), não aplicou o princípio em razão da reiteração delitiva ("alto grau de reprovabilidade"), que impediria a evidenciação dos vetores criados pela Suprema Corte,[43] conforme resta pacificado na 2.ª T. do STF[44] e na 1.ª T (HC 118256/SC, 16.05.2014).

Espera-se, nesta linha, que a ciência jurídica prevaleça sobre os argumentos teleológicos (políticos, sociais, humanísticos...), pois se assim não o for, teremos que reconhecer todos os argumentos criminológicos, da instrumentalização do Direito Penal para fins de interesses políticos e de sua sujeição (perda da autonomia) pe-

---

do todos os demais mecanismos falham". (Disponível em: [www.conjur.com.br/2011-jul-26/direito-defesa-principio-insignificancia-tema-construcao]).

41. Tal caminho nos leva a uma Política Criminal Radical (*Hard Control*), que apenas pune à vista da tipicidade formal, transformando o direito penal num instrumento repressivo e simbólico, sem eficácia e problemático, como nos alertam Zaffaroni, Baratta, Nilo Batista, Juarez Cirino, entre outros.

42. Do corpo do acórdão: "Por outro lado, o art. 20 da Lei 10.522/2002 determina o arquivamento das execuções fiscais, sem cancelamento da distribuição, quando os débitos inscritos como dívida ativa da União forem iguais ou inferiores a R$ 10.000,00 (dez mil reais). Esse valor foi atualizado para R$ 20.000,00 (vinte mil reais) pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda".

43. Já discordamos deste posicionamento, pois a reiteração delitiva de ações insignificantes não torna a ação significativa e ainda, o princípio consuma-se na tipicidade, não alcançando questões de individualização da pena como a habitualidade (QUEIROZ. 2013, p. 94).

44. Do corpo do acórdão, extrai-se a seguinte orientação: "Para se afirmar que a insignificância pode conduzir à atipicidade, cumpre, portanto, que se vá além da irrelevância penal a que se referiu o legislador. É indispensável averiguar o significado social da ação, a adequação da conduta do agente em seu sentido social amplo, a fim de que se apure se o resultado dessa investigação ampliada é compatível ou não com a finalidade perseguida pelo ordenamento penal, ou, em outras palavras, se o fato imputado, que é formalmente típico, tem ou não, quando examinado no seu contexto social, relevância penal. Parece certo concluir, à luz dessas premissas, que a relevância penal, em casos dessa natureza, comporta, sim, juízo sobre a contumácia da conduta do agente".

rante os outros ramos do direito. Ou seja, reconheceremos que o Direito Penal fracassou[45] como ciência (por decisões como esta e falta de políticas públicas).

No fluxo processual do HC 118256/SC, em 19.12.2013, a Procuradoria-Geral da República emitiu seu parecer fundado em três teses: (i) "não é possível majorar o referido parâmetro por meio de Portaria do Ministro da Fazenda"; (ii) a recuperabilidade do crédito e a conveniência da cobrança possibilitam a execução fiscal de valores ditos insignificantes; (iii) a reiteração delitiva, vislumbrada no caso em debate, é incompatível com a insignificância.

Já combatemos linhas acima os dois últimos pontos, remanescendo o primeiro argumento para os comentários e o evidente dissenso pelo contrassenso argumentativo. Senão vejamos.

Na linha de raciocínio do REsp 1409973/SP, o MPF entende que não se pode majorar o parâmetro de incidência da insignificância por meio de Portaria do Ministro da Fazenda, já que o Poder Executivo não possui força normativa passível de revogar ou modificar lei em sentido estrito; sobre tal alegação, podemos acrescentar que a integração da norma penal em branco por normas heterogêneas (v.g., portarias) é tão válida quanto a análise da (a)tipicidade pela avaliação do grau de lesão ao bem jurídico protegido.[46] *In casu*, "estima-se a proporcionalidade da resposta penal pelo (des)interesse da Administração em recuperar o débito tributário em questão".[47]

Divergindo do parecer ministerial, entendemos que a matéria prevista na Portaria pode ser tratada em ato normativo diverso da Lei, eis que diz respeito à admi-

45. É o que o Prof. Dr. Juarez Cirino (2012, p. 2-3) afirma em sua obra, quando divide os objetivos do Direito Penal em declarados e reais. Neste último, teríamos a autêntica função do Direito Penal moderno, mascarada atrás de discursos de proteção de bens jurídicos cada vez mais abstratos e distantes do sujeito e mais próximos do Estado. No discurso real, teríamos a verdadeira política de controle social, com uma violenta criminalização por meio da Lei e da Repressão pelo sistema de Justiça Criminal, fortalecendo a desigualdade social e a proteção do poder econômico, que nem ao menos ingressa na esfera de atuação da Justiça. A nossa legislação busca incessantemente o expansionismo penal – aumentando a repressão – sob diferentes modos, sendo um deles a administrativização do direito penal. Interessante que o argumento inverso (ou seja, o uso de normas administrativas para fundamentar a absolvição, como é o caso da Portaria do Ministério da Fazenda) gera inúmeras discussões e rejeições por parte dos Tribunais, como vimos alhures (v.g., REsp 1409973/SP).

46. Conforme Zaffaroni, a insignificância só pode ser valorada por meio da consideração global da ordem jurídica, ou seja, "a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, consequentemente, à norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada" (BITENCOURT, 2013, p. 95).

47. Voto vista do Min. Sebastião Reis Júnior no REsp 1334500/PR, j. 26.11.2013.

nistração fazendária, não havendo norma que a proíba a fazê-lo, pelo contrário, a edição da portaria se deu conforme previsão legal, dispondo o art. 69 da Lei 7.799/1989 que o Ministro da Fazenda poderá *dispensar a constituição de créditos tributários, a inscrição ou ajuizamento, bem assim determinar o cancelamento de débito de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, observados os critérios de custos de administração e cobrança.*

Tal permissão pode ser extraída, inclusive, do próprio texto constitucional, *in verbis*:

"Art. 87. [...]

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I – [...]

II – expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; [...]".

Ademais, a referida Portaria não promoveu profundas modificações quanto às condições a serem consideradas para o não ajuizamento da execução fiscal ou para o arquivamento dos autos daquelas já ajuizadas, em verdade, nota-se *que a Portaria MF 75/2012 possui exatamente a mesma finalidade do art. 20 da Lei 10.522/2002, qual seja, definir o valor que a Administração reputa relevante para fins de cobrança judicial do débito tributário.*

Se o fundamento para a aplicação do princípio da insignificância tem sido o valor que a Administração tributária entende desinteressante para fins de recuperação pela via judicial (conforme entendimento do STF no HC 100.177/PR),[48] não há

48. "*Habeas corpus*. Crime de descaminho (art. 334 do CP). Tipicidade. Insignificância penal da conduta. Tributo devido que não ultrapassa a soma de R$ 3.067,93 (três mil, sessenta e sete reais e noventa e três centavos). Atipicidade material da conduta. Ordem concedida. 1. O postulado da insignificância opera como vetor interpretativo do tipo penal, que tem o objetivo de excluir da abrangência do Direito Criminal condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico por ele tutelado. Tal forma de interpretação assume contornos de uma válida medida de política criminal, visando, para além de uma desnecessária carceirização, ao descongestionamento de uma Justiça Penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral. 2. *No caso, a relevância penal é de ser investigada a partir das coordenadas traçadas pela Lei 10.522/2002 (objeto de conversão da MedProv 2.176-79). Lei que determina o arquivamento das execuções fiscais cujo valor consolidado for igual ou inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais). Sendo certo que os autos de execução serão reativados somente quando os valores dos débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ultrapassarem esse valor.* 3. Incidência do princípio da insignificância penal, segundo o qual para que haja a incidência da norma incriminadora não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo. Necessário que esse fato empírico se contraponha, em substância, à conduta normativamente tipificada. É preciso que o agente passivo experimente

outro valor a ser considerado senão o utilizado pela própria Administração, determinado por Lei ou por Portaria.

Recentíssimo posicionamento do Exmo. Min. Sebastião Reis Júnior, em voto-vista no REsp 1.334.500/PR, j. 26.11.2013, do qual já fizemos referência acima, afirma que:

"O fato é que, hoje, para a Administração, são irrelevantes débitos de até R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Não vejo por que manter como paradigma um valor estabelecido há anos, se hoje se mostra desatualizado. Ora, todos os dias, ao julgarmos a insignificância em crimes contra o patrimônio, fazemos paralelo do valor do bem com o salário mínimo vigente à época. Assim, aquele valor que, em determinado momento, não é insignificante, porque corresponde a um percentual razoável do salário mínimo de então, em outro momento, passa a ser, já que, diante de um novo salário mínimo, sua relevância diminui.

O mesmo ocorre com os créditos da União. A relevância se altera com o tempo. Não podemos, penso eu, estabelecer um determinado valor como limite e utilizá-lo para todo sempre. O fato é, insisto, que para a Fazenda, agora, o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) é irrelevante. Não me parece razoável, tendo em vista o disposto no art. 69 da Lei 7.799/1989, bem como no art. 87, parágrafo único, II, da CF, exigir que somente a lei possa dizer o que a Fazenda considera como irrelevante para cobrança.

Assim, afigura-me inarredável a conclusão de que o princípio da insignificância deve ser aplicado aos crimes de descaminho em que os débitos tributários cujo pagamento foi iludido não ultrapassem o limite de R$ 20.000,00 (vinte mil reais)".

Corroborando, o Exmo. Min. Joaquim Barbosa, no alto de sua lucidez científica em Direito Público, afirma que "uma conduta administrativamente irrelevante não

---

efetivo desfalque em seu patrimônio, ora maior, ora menor, ora pequeno, mas sempre um real prejuízo material. Não, como no caso, a supressão de um tributo cujo reduzido valor pecuniário nem sequer justifica a obrigatória cobrança judicial. 4. *Entendimento diverso implicaria a desnecessária mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar.* 5. *Não há sentido lógico permitir que alguém seja processado, criminalmente, pela falta de recolhimento de um tributo que nem sequer se tem a certeza de que será cobrado no âmbito administrativo-tributário do Estado. Estado julgador que só é de lançar mão do direito penal para a tutela de bens jurídicos de cuja relevância não se tenha dúvida.* 6. Jurisprudência pacífica de ambas as Turmas desta Suprema Corte: RE 550.761, da relatoria do Min. Menezes Direito (1.ª T.); RE 536.486, da relatoria da Min. Ellen Gracie (2.ª T.); e HC 92.438, da relatoria do Min. Joaquim Barbosa (2.ª T.). 7. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória" (HC 100.177/PR, 1.ª T., rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 20.08.2010 – grifo nosso).

pode ter relevância criminal" à luz dos "princípios da subsidiariedade, da fragmentalidade, da necessidade e da intervenção mínima, que regem o direito penal". Assim, sendo, segundo o Ministro, não há justa causa para a ação penal pela inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.[49]

Finalizando, denotamos que os julgados que negam a aplicação da Portaria MF 75/2012 evidenciam uma situação em que o Estado contradiz o próprio Estado.[50] De um lado, temos o fenômeno da administrativização do Direito Penal (extremamente comum nos crimes tributários para fins de criminalização e preenchimento do tipo),[51] e de outro se nega o uso de uma Portaria Ministerial, que nos informa a irrelevância tributária para fins de cobrança, externando falta de interesse por questões de gestão de gastos.

Numa análise global do sistema jurídico pátrio, primando por sua integração, não há como negar o reconhecimento da insignificância.

4. ATUAL CONJUNTURA DA QUESTÃO E AS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS

Como já pontuamos acima, o STF entende pela incidência do princípio da insignificância nos casos em "que o tributo ilidido seja inferior ao limite previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002, com as alterações introduzidas pelas Portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda" (HC 118256/SC), desde que o réu não seja sonegador contumaz.

Já no STJ, o entendimento jurisprudencial é frontalmente contrário, "no sentido de que a Portaria MF 75/2012 – que estipulou como limite mínimo o valor

49. HC 92438, 2.ª T., j. 19.08.2008, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe*-241 divulg. 18.12.2008, public. 19.12.2008; *Ement.* vol. 2346-04, p. 925; *RTJ* vol. 207-03, p. 1163.

50. Nesta linha, interessante a exposição de Eduardo Viana Portela Neves (O "princípio" da insignificância no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/18591]. Acesso em: 25.01.2014).

51. Conforme ensina o Mestre Marcelo Marcante Flores, caminhamos para a formação do Direito Penal secundário, caracterizado "pelo conjunto de normas de repressivo valor criminal, contidas em leis penais extravagantes, com o objetivo precípuo de sancionar o descumprimento de mandamentos emanados de ordenações de caráter administrativo. Incumbe a esse novo ramo a tutela dos bens jurídicos de caráter supraindividual, enquanto ao Direito Penal tradicional a ocupação eminente são os bens jurídicos individuais clássicos". Podemos extrair exemplos deste fenômeno nas normas penais em branco (v.g., arts. 6.°, 7.°, V, Lei 8.137/1990; art. 1°, II, Lei n. 8.176/91; art. 10, Lei n. 7.492/86), nos tipos penais abertos (v.g., arts. 4°, I, Lei 8.137/1990; 4.° e 11 da Lei 7.492/1986), dentre inúmeros outros exemplos que infestam a legislação extravagante penal. (Disponível em: [www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/22-Crimes-de-colarinho-branco-e-a-formacao-do-Direito-Penal-secundario:-os-desafios-da-politica-criminal-contemporanea]).

de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para o ajuizamento de execuções fiscais – não possui força de lei, portanto não pode ser utilizada como parâmetro para a aferição do princípio da bagatela", permanecendo o entendimento de que o limite é R$ 10.000,00 (AgRg no REsp 1525154/PR, 5.ª T., j. 15.09.2015, rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, *DJe* 21.09.2015).

Caso prevaleça o entendimento do STJ, no sentido de afastar a aplicação da referida Portaria, é de se reconhecer o Direito Penal como um instrumento de cobrança estatal, sem autonomia, sem cientificidade, mas sim dependente das diretrizes da política arrecadatória.

Desta forma, indagamos novamente: Se o Estado, vítima, por meio de ato normativo afirma que o valor é irrelevante e que não interessa para fins de cobrança (sendo o tributo o próprio objeto do crime), por que o Direito Penal irá punir? À vista das conclusões do parágrafo anterior, responderíamos: isso ocorre para que o Estado cobre tais valores por via oblíqua (repressão penal como meio para alcançar o pagamento), sendo que a ameaça simbólica do Direito Penal pode ser capaz de forçar um pagamento de um valor que a Administração Fazendária nem mesmo esperava receber (pois não compensava os esforços), pagamento este que, comodamente, extingue a punibilidade do agente. Um instrumental perfeito, ferramenta única, legitimada a punir por razões desconhecidas pelo Direito Penal.[52] Sem cumprir a sua finalidade constitucional, entendemos que não há legitimidade jurídica para tal propósito punitivo.

Retornando a dogmática e fechando os olhos para a indigna finalidade do Direito Penal nos crimes tributários, podemos refletir tal problemática sob o viés do dano social e da proporcionalidade.

Claus Roxin (2008, p. 296) ensina que nos fatos insignificantes há uma "adequação social por falta de lesão ao bem jurídico", atingindo a insignificância o conteúdo de significado social do fato, retirando-lhe da esfera delitiva por falta de ofensa material ao preceito penal.

Podemos falar, portanto, em ausência de dano social em sentido material, afastando concepções formalistas do delito, exigindo-se afetação relevante do bem jurídico que motive uma necessária e imprescindível repressão penal da conduta.

Vale dizer, trazendo o tema em debate ao discurso, somente a afetação intolerável do bem jurídico protegido (administração tributária) constituiria pressuposto

52. "A criminalização do ilícito tributário decorre do comodismo dos encarregados da arrecadação dos tributos. É muito mais cômodo ameaçar com pena prisional, que somente através da criminalização se faz possível, do que utilizar os mecanismos de controle adequados para evitar condutas ilegais dos contribuintes que querem fugir ao pagamento do tributo. Comodismo simplesmente, e nada de fundamento moral" (MACHADO, 2011, p. 209).

para a intervenção penal, ou seja, apenas nas condutas que transcenderam o interesse Fazendário exposto na Portaria MF 75/2012.

Ademais, a exclusão da tipicidade pela insignificância, não obsta a responsabilidade civil, administrativa ou tributária do agente, daí por que a referida Portaria é coerente ao sistema jurídico e ressalva algumas exceções de cobrança de valores diminutos (como demonstrado nos recentes julgamentos do STJ, de lavra da insigne Dra. Min. Regina Helena Costa).

Por certo, por mais que os valores abaixo de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) não violentem o bem jurídico protegido pela norma penal e, consequentemente, não despertem o interesse penal (intervenção mínima), subsistirá a possibilidade de cobrança dos créditos tributários.[53]

Por fim, porém não menos importante, é de se registrar a solução da presente questão pela proporcionalidade. Zaffaroni afirma que a insignificância possui conteúdo de realismo jurídico e, segundo o notável professor, qualquer proibição possui conteúdo real, sendo assim, à luz da proporcionalidade, é de suma importância compatibilizar a quantia do delito e a pena (ou seja, a reação penal para o caso).[54]

A proibição do excesso pela análise da proporcionalidade é um instrumento eficaz para a percepção da não intervenção penal quando o fato é materialmente insignificante.

O Professor Paulo Queiroz, em análise aos efeitos jurídico-penal da Lei 10.522/2002 e da Portaria MF 75/2012, afirma que não seria o caso de insignificância, mas sim de invocação da proporcionalidade, conforme segue:[55]

"Ocorre que, ao contrário da fundamentação invocada pelos tribunais, é, sim, claramente significativa uma quantia igual ou superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais), tanto é assim que a Fazenda Nacional renuncia à só execução judicial do crédito, mas não aos diversos constrangimentos legais cabíveis, tais como: cobrança administrativa, lançamento do nome do devedor no Cadin (Cadastro Nacional de Inadimplentes), proibição de contratar com a Administração Pública etc.".

Não há perdão da dívida, nem renúncia às formais legais de constranger o devedor a pagar o débito para com a União.

---

53. Exceto de valor igual ou inferior a R$ 1.000,00 (mil reais), conforme o art. 1.º, I, primeira parte, da Portaria MF 75/2012, devido a não inscrição em dívida ativa do débito.

54. Que seria a proporcionalidade entre a ofensividade da conduta e a punição a ser imposta. Desta forma, na análise da conduta praticada e o *quantum* de punição abstratamente prevista, houver uma desarrazoada desproporção, a tipicidade deve ser afastada.

55. Disponível em: [http://pauloqueiroz.net/principio-da-insignificancia-em-crime-de-contrabando-ou-descaminho/].

Trata-se, por conseguinte, de providência de caráter político-administrativo que, embora não afete a estrutura do crime, em especial, a tipicidade penal, repercute, diretamente, sobre a punibilidade do delito, por constituir uma causa especial de isenção de pena.

Em suma, seja em razão do desvalor da ação, seja em virtude do desvalor do resultado, constitui uma impropriedade falar de princípio da insignificância em tais casos.

O correto é, portanto, invocar-se o princípio da proporcionalidade, compreensivo da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que, se não é necessária/adequada a intervenção menos grave (civil), tampouco será a mais grave (penal).

E é compreensível que assim seja, porque, independentemente do fundamento jurídico-penal, é certo que a União renunciou, legalmente, à execução forçada do crédito, por entender, possivelmente, que os custos daí resultantes não justificariam a judicialização da demanda, razão pela qual não faz sentido algum, também por isso, tolerar-se o ajuizamento de ação penal, especialmente em razão do caráter residual da intervenção penal.

Neste sentido, Heloísa Estellita[56] assevera que a insignificância

"(...) não é sinônimo de licitude. A ofensa causada por uma conduta pode não ser de monta a merecer uma sanção penal, mas pode o ser a ponto de merecer uma sanção administrativa. O que é importante nessa relação é que o patamar de lesividade penal seja superior ao patamar de lesividade extrapenal (administrativa) para que a relação de proporcionalidade seja respeitada".

A Professora da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo entende que há uma relação de dependência entre normas penais tributárias e normas tributárias, sendo que a pena criminal deverá obedecer ao postulado da proporcionalidade (na ponderação entre privação da liberdade e ofensa causada pela conduta), pois "o desinteresse fiscal em executar créditos abaixo de um certo limite quantitativo pode ser indicador de uma 'insignificância' extrapenal", impondo um patamar de lesividade administrativa (R$ 20.000,00).

Ora, essa insignificância extrapenal deve ser menor do que a "lesividade exigível para a imposição de sanção penal, que deveria exigir (muito) mais que isso – ou seja e concretamente, bem mais do que R$ 10 mil ou R$ 20 mil – para respeitar a proporcionalidade que deve existir entre a gravidade da sanção penal e a gravidade do crime".[57]

---

56. Disponível em: [/www.conjur.com.br/2013-dez-16/heloisa-estellita-patamar-lesividade-penal-superior-extrapenal].

57. Completa a citada penalista: "Dois exemplos tomados da legislação estrangeira podem ajudar nessa reflexão. O delito de defraudação tributária do CP espanhol (art. 305, n. 1)

Além disso, pautado em Maurício Antonio Ribeiro Lopes (2000), analisando o crime fiscal pelo seu objeto jurídico (arrecadação tributária), tendo como objeto material o próprio tributo – sendo incontestavelmente de cunho patrimonial – numa concepção material, fica evidente os efeitos penais da referida Portaria. Explico.

Numa visão econômica da propriedade, para se confirmar a lesão ao bem jurídico, deve existir "um prejuízo ao interesse econômico implícito na relação de propriedade" (LOPES, 2000, p. 164), o que, no caso em questão, não existe, haja vista o desinteresse fiscal nos créditos abaixo de R$ 20 mil.

Numa visão funcional do bem jurídico (repito, numa concepção material), é decisiva a *função objetiva da coisa em relação ao proprietário na realidade social*, melhor dizendo: a prática formal do delito tributário, abaixo do patamar estabelecido pelo Ministério da Fazenda, não lesa o bem jurídico tutelado em razão da "ausência de interesse sobre o bem afetado que manifestou ter o titular", devendo tais fatos "permanecer à margem do Direito Penal, se se pretende seguir proclamando deste o seu caráter fragmentário e subsidiário" (LOPES, 2000, p. 166).

5. CONCLUSÃO

O "insignificante" é um conceito fluído e de incontestável amplitude, bem por isso sempre desafia a segurança jurídica, confiando sua definição a jurisprudência e a doutrina (PRADO, 2013, p. 183).

Interessa-nos alcançar a intensidade da lesão para podermos aplicar o princípio da bagatela, porém, evitando englobar argumentos teleológicos (como a realidade socioeconômica do país, a importância do bem jurídico para a esfera político-social etc.), casuísticos (como o atropelo das regras e instituições penais) ou subjetivos demais (como as circunstâncias pessoais do acusado).[58]

---

prevê um patamar mínimo de 120 mil euros (por ano, a depender da frequência de apuração) para que a conduta seja punível criminalmente. Abaixo desse patamar, o ilícito merecerá apenas sanção administrativa. O mesmo se aplica ao crime do art. 103 da RGIT portuguesa, na qual o patamar é de 15 mil euros por período da declaração".

58. Lapidar este entendimento proposto por Roxin (1972, p. 3), que lança a atenção do princípio para a extensão da lesão produzida, pois como ele mesmo ensina não é qualquer força, ameaça, mau-trato ou injúria que "ultrapassa o umbral da criminalidade", mas sim aquela que traz uma lesão relevante e grave. Neste sentido: "a insignificância de uma conduta lesiva deve ser aferida em razão da intensidade da ofensa perpetrada contra o bem jurídico penalmente protegido, e, não, como se poderia pensar num primeiro (e desavisado) momento, a partir de uma análise que levasse em conta a importância do bem jurídico atingido pela conduta" (MEROLLI, 2010, p. 350).

A Portaria MF 75/2012, numa leitura gradualista do delito,[59] impôs um parâmetro, um limite mínimo para o perfazimento do tipo penal, e o fez de forma a atualizar o art. 20 da Lei 10.522/2002, conforme os critérios de administração tributária (otimização da máquina pública), relevados pelo Ministério da Fazenda.

Isso não quer dizer que a conduta alcançada pela insignificância seja um completo "indiferente jurídico", mas sim que, apesar de não ser um valor irrisório ou desprezível, a tutela jurídica não pode ser confiada unicamente ao Direito Penal, sem que haja um anterior interesse quanto ao controle da referida cobrança.

O Direito Penal deve servir de anteparo às dificuldades jurídico-sociais, e não como alternativa cômoda para interesses estatais.[60]

Tal normativa não vincula e muito menos subordina o Direito Penal ao administrativo, mas sim o informa a respeito do que seria o irrelevante administrativo, convergindo os interesses fiscais com a atuação penal, esperando da última a devida inércia (*soldado de reserva*), oriunda da subsidiariedade.[61]

A questão se pauta no desinteresse na cobrança de um lado (Administração Fazendária), e do outro, o mesmo Estado ameaçando o cidadão com punição e restrição de liberdade por não ter pago o valor dito irrelevante. Ora, não se podem buscar atalhos ao uso do Direito Penal de forma alternativa dos outros ramos do Direito.

O Direito Penal jamais será a primeira razão (*prima ratio*). No caso, transparece que essa instrumentalização do Direito Penal serviria para o seguinte desiderato: o custo para a cobrança de débitos abaixo de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) não com-

59. Ou seja, o ilícito penal é uma estrutura quantificável, que nos permite apontar qual ataque é penalmente relevante. Se assim não o fosse, a tipicidade formal (a mera transgressão da norma) já ensejaria a criminalização. Como afirma Toledo (1991, p. 134), "é justamente a graduação qualitativa e quantitativa do injusto penal que permite que o fato penalmente insignificante seja excluído do âmbito de incidência do tipo legal. Mas isso não significa que esse fato seja um indiferente, senão que merece tratamento na esfera do Direito Civil ou administrativo".

60. Como afirma a Professora Heloisa Estellita, "a razão fiscal tem superado a razão penal no estabelecimento da política criminal no setor dos crimes tributários" (op. cit.).

61. Nos crimes fiscais, singularmente, observamos uma marcante confluência entre o direito penal, o direito administrativo e o tributário. Isso porque, esses dois últimos ramos preenchem a tipicidade material do delito, bem como irradiam efeitos que atingem a punibilidade (pagamento do débito), a materialidade (Súmula Vinculante 24), e demais "anomalias" justificadas pela complexidade e imprevisibilidade de nosso sistema tributário. Como afirma Heloísa Estellita, os "efeitos penais benéficos do pagamento e do parcelamento na punibilidade dos crimes tributários sob uma ótica menos maniqueísta e mais bem colocada dentro da complexidade da realidade sobre a qual se deitam as normas penais tributárias. Esses benefícios podem, assim, também ser vistos como a compensação penal pela complexidade e pela injustiça do sistema tributário nacional" (op. cit.).

HARGER JUNIOR, João Carlos. A insignificância como sintoma da crise dogmática do direito penal e sua autonomia nos crimes tributários. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 17-50. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

pensa a movimentação da máquina pública, portanto, dispensamos as medidas cabíveis; por outro lado, utilizamos o Direito Penal para punir, pois houve a ofensa ao dispositivo de lei (ofensa formal, devendo ser reestabelecida a norma),[62] e, pela ameaça da pena, podemos reaver os valores considerados perdidos, pois o pagamento ou o parcelamento extinguem a punibilidade.

Parece um argumento punitivista retirado diretamente do controverso professor alemão Günther Jakobs, buscando-se a correção necessária a quem desrespeitou as normas vigentes (independentemente do grau de lesão ao bem jurídico, em confronto com a doutrina de Roxin), não importando a finalidade da norma penal, mas sim o seu abstrato reestabelecimento, em prol do eficientismo.

O critério válido da insignificância para os crimes tributários não é critério geral do Direito Penal, é exceção em razão das políticas econômicas, fiscais e sociais que o influenciam. A Lei 10.522/2002 expressamente estabeleceu um *quantum* mínimo para o preenchimento da tipicidade material (valor este atualizado pela Portaria MF 75/2012, conforme afirmou o STF no HC 118.000/PR).

O fato de que a Portaria do Ministério da Fazenda autoriza, eventualmente, a execução de valores inferiores ao patamar de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), não pode ser levado como argumentação para afastar a incidência do princípio, na medida em que, conforme já citamos acima, "não há sentido lógico em permitir que alguém seja processado, criminalmente, pela falta de recolhimento de um tributo que nem sequer se tem a certeza de que será cobrado no âmbito administrativa-tributário".[63] Portanto, "a regra é o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais). A exceção, devidamente justificada, é o ajuizamento. Ou seja, ao afastar a insignificância, estaríamos autorizando o prosseguimento de uma ação penal simplesmente considerando a possibilidade excepcional, porque não é a regra, de que a Fazenda venha propor ação executiva".[64]

De modo conclusivo, numa argumentação lógica e simples, perante as regras mestras do Direito Penal (Constitucional), que já serviria para fundamentar nossa conclusão, é que o patamar de R$ 20 mil, entendido como um insignificante na linguagem tributária, jamais poderia ser significante, no sentido de perfazer a tipicidade material do delito, pela ofensa que acometeria de morte a proporcionalidade entre as sanções e lesões na esfera administrativa e penal.

62. Assim, o Direito penal passa a ser autopoiético, visando suposta estabilidade social por meio de estabilidade das normas e das expectativas institucionalizadas pela Legislação (conforme a doutrina de Günther Jakobs).

63. STF, HC 100.177/PR.

64. Voto vista do Min. Sebastião Reis Júnior no REsp 1334500/PR, j. 26.11.2013.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. vol. 1.

_____; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo. Princípio da insignificância é uma novidade. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2011-set-06/direito-defesa-principio-insignificancia-stf-novidade]. Acesso em: 10.01.2014.

_____. Princípio da insignificância é um tema em construção. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2011-jul-26/direito-defesa-principio-insignificancia-tema-construcao]. Acesso em: 10.01.2014.

BRASIL. Lei 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 de julho de 2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm]. Acesso em: 29.01.2014.

_____. Portaria 75, de 22 de março de 2012. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 de março de 2012. Disponível em: [www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2012/MinisteriodaFazenda/portmf075.htm]. Acesso em: 29.01.2014.

_____. EM 692/MJ, de 18 de dezembro de 1996. Exposição de motivos da Lei 9.613/1998. Disponível em: [www.fazenda.gov.br/coaf]. Acesso em: 29.01.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 84412, Relator(a): Min. Celso de Mello, 2.ª T., julgado em 19.10.2004, *DJ* 19.11.2004, p. 37; *Ement.* vol. 2173-02, p. 229; *RT* ano 94, vol. 834, p. 477-481, 2005; *RTJ* vol. 192-03, p. 963. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Habeas Corpus* 118256 MC, Relator(a): Min. Luiz Fux, julgado em 24.06.2013, publicado em processo eletrônico *DJe*-123, divulg. 26.06.2013, public. 27.06.2013. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Habeas Corpus* 77003, Relator(a): Min. Marco Aurélio, 2.ª Turma, julgado em 16.06.1998, *DJ* 11.09.1998, p. 5; *Ement.* vol. 1922-02, p. 380. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Recurso em Habeas Corpus* 66869/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ* 28.04.1989, p. 6295. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Recurso em Habeas Corpus* 103552, Relator(a): Min. Eros Grau, 2.ª Turma, julgado em 01.06.2010, *DJe*-116 divulg. 24.06.2010, public. 25.06.2010;

Ement. vol. 2407-03, p. 717. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Habeas Corpus* 110964, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, julgado em 07.02.2012, processo eletrônico *DJe*-066 divulg. 30.03.2012, public. 02.04.2012; *RT* ano 101, vol. 925, p. 595-601, 2012. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Habeas Corpus* 100367, Relator(a): Min. Luiz Fux, 1.ª Turma, julgado em 09.08.2011, *DJe*-172 divulg. 06.09.2011 public. 08.09.2011; Ement. vol. 2582-01, p. 189. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Habeas Corpus* 102088, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, 1.ª Turma, julgado em 06.04.2010, *DJe*-091 divulg. 20.05.2010, public. 21.05.2010; *Ement.* vol. 2402-05, p. 1058. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Recurso em Habeas Corpus* RHC 96813, Relator(a): Min. Ellen Gracie, 2.ª Turma, julgado em 31.03.2009, *DJe*-075 divulg. 23.04.2009, public. 24.04.2009; *Ement.* vol. 2357-04, p. 706; *LEXSTF* vol. 31, n. 366, p. 371-380, 2009; *RF* vol. 106, n. 407, p. 475-480, 2010. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Habeas Corpus* 92438, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma, julgado em 19.08.2008, *DJe*-241 divulg. 18.12.2008, public. 19.12.2008; *Ement.* vol. 2346-04, p. 925; *RTJ* vol. 207-03, p. 1163. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Habeas Corpus* 100177, Relator(a): Min. Ayres Britto, 1.ª Turma, julgado em 22.06.2010, *DJe*-154 divulg. 19.08.2010, public. 20.08.2010; *Ement.* vol. 2411-03, p. 575. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Habeas Corpus* 118000, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, 2.ªTurma, julgado em 03.09.2013, processo eletrônico *DJe*-182 divulg. 16.09.2013, public. 17.09.2013. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Habeas Corpus* 118256 MC, Relator(a): Min. Luiz Fux, julgado em 24.06.2013, publicado em processo eletrônico *DJe*-123 divulg. 26.06.2013, public. 27.06.2013. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Habeas Corpus* 100177, Relator(a): Min. Ayres Britto, 1.ª Turma, julgado em 22.06.2010, *DJe*-154 divulg. 19.08.2010, public. 20.08.2010; *Ement.* vol. 2411-03, p. 575. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 29.01.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 83.144/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, 6.ª Turma, julgado em 25.05.2010, *DJe* 21.06.2010. Disponível em: [www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Habeas Corpus* 149144/RS, Rel Ministra Laurita Vaz, 5.ª Turma, julgado em 28.06.2010, *DJe* 25.06.2010. Disponível em: [www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Recurso Especial* 1409973/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5.ª Turma, julgado em 19.11.2013, *DJe* 25.11.2013. Disponível em: [www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Habeas Corpus* 34641/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5.ª Turma, julgado em 15.06.2004, *DJ* 02.08.2004, p. 464. Disponível em: [www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial* 293500/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, 5.ª Turma, julgado em 19.11.2013, *DJe* 25.11.2013. Disponível em: [www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Agravo Regimental no Recurso Especial* 1392164/PR, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 5.ª Turma, julgado em 05.11.2013, *DJe* 28.11.2013. Disponível em: [www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/]. Acesso em: 29.01.2014.

_____._____. *Recurso Especial* 1334500/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, julgado em 26.11.2013. Disponível em: [www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/]. Acesso em: 29.01.2014.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal – Parte Geral*. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

ESTELLITA, Heloisa. Patamar da lesividade penal deve ser superior ao extrapenal. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-dez-16/heloisa-estellita-patamar-lesividade-penal-superior-extrapenal]. Acesso em: 29.01.2014.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal – A Constituição Penal*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

_____. *Direito penal do equilíbrio. Uma visão minimalista do direito penal*. 6. ed. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM. Comentários ao Relatório Senador Pedro Taques em face do PLS 236/2012. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/docs/codigo_penal.pdf, acesso em 10 jan. 2014]. Acesso em: 20.12.2013.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS – IAB. Indicação n. 102/2010 – PLS n. 312/2010. Disponível em: [www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-5890.pdf]. Acesso em: 29.01.2014.

LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). *Revista Liberdades*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Disponível em: [www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=134]. Acesso em: 29.01.2014.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise da Lei 9.099/95: Juizados especiais penais e da jurisprudência atual*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2011.

MAÑAS, Carlo Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos críticos de direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NEVES, Eduardo Viana Portela. O "princípio" da insignificância no Supremo Tribunal Federal. *Jus Navigandi*. ano 16. n. 2798. Teresina, 28 fev. 2011. Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/18591]. Acesso em: 25.01.2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais e processuais penais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2013. vol. 1.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA desafia ministros do STJ. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-mai-12/aplicacao-principio-insignificancia-ainda-desafia-ministros-stj]. Acesso em: 10.01.2014.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal – Parte Geral*. 9. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. Inovações do Projeto de Reforma do Código Penal – Parte geral. Disponível em: [http://pauloqueiroz.net/inovacoes-do-projeto-de-reforma-do-codigo-penal-%E2%80%93-parte-geral/]. Acesso em: 14.12.2013.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. *Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte General: fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzon Pena et al. Madrid: Civitas, 1997. vol. 1.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.

TASSE, Adel El. Anteprojeto de Código Penal: análise crítica da Parte Geral. *Jus Navigandi*. ano 17. n. 3372. Teresina, 24 set. 2012. Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/22656]. Acesso em: 22.08.2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VASCONCELLOS, Marcos de. PGFN aumenta valor mínimo para execuções fiscais. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-mar-26/pgfn-aumenta-20-mil- valor-minimo-execucoes-fiscais]. Acesso em: 25.01.2014.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

Referências de fontes pesquisadas e não citadas

ARENDT, Márcia Aguiar. *O controle penal da ordem tributária no Brasil: o uso do direito penal para a impunidade da sonegação fiscal*. Tese (Doutorado em Direito). Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2006. 310 f.

BREDA, Felippe Alexandre Ramos. Portaria n. 75 do Ministério da Fazenda e suas implicações tributário-penais. *Informativo COAD*. Fascículo semanal n. 27. p. 430. 2012.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

ESTELLITA, Heloisa. Patamar da lesividade penal deve ser superior ao extrapenal. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-dez-16/heloisa-estellita-patamar-lesividade-penal-superior-extrapenal]. Acesso em: 29.01.2014.

GOMES, Luiz Flávio. Crimes tributários e previdenciários: até R$ 20 mil, insignificância. *Atualidades do Direito*, 27 mar. 2012. Disponível em: [http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/03/27/crimes-tributarios-e-previdenciarios-ate-r-20-mil-insignificancia/]. Acesso em: 2901.2014.

HARADA, Kiyoshi; MUSUMECCI FILHO, Leonardo. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Ilana. As mudanças no piso da execução fiscal e as repercussões nos crimes contra a Ordem Tributária. *Atualidades do Direito*, 27 mar. 2012. Disponível em: [http://atualidadesdodireito.com.br/ilanamartins/2012/03/27/as-mudancas-no-piso-da-execucao-fiscal-e-as-repercussoes-nos-crimes-contra-a-ordem-tributaria/]. Acesso em: 29.01.2014.

PEIXE, Letícia de *Souza*. Aplicação do princípio da insignificância em crimes tributários. Direito penal como instrumento de coação ao pagamento de tributos. *Jus Navigandi*. ano 17. n. 3222. Teresina, 27 abr. 2012. Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/21644]. Acesso em: 29.01.2014.

PRESTES, Cássio Vinicius Dal Castel Veronezzi Lazzari. *O princípio da insignificância como causa de excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2006.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, de Luiz Flávio Gomes, *RT* 789/439, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/619 (DTR\2001\347); e
- Reflexões sobre os crimes tributários, de Luiz Renato Pacheco Chaves de Oliveira, *RBCCrim* 86/ 201, *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário* 8/287 (DTR\2010\725).

O PERIGO DA IMPRÓPRIA UNIVERSALIZAÇÃO DA DOGMÁTICA PENAL

THE DANGER OF INAPPROPRIATE UNIVERALIZATION OF CRIMINAL DOGMATIC

RODRIGO DE OLIVEIRA RIBEIRO

Pós-graduado em direito penal e criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal. Pós-graduado em direito penal econômico pelo IBCCrim/Faculdade de Coimbra. Pós-graduado em direito penal econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Membro do Conselho Penitenciário do Rio do Janeiro na vaga efetiva da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio de Janeiro. Advogado criminalista.
rodrigo@oliveiraribeiro.adv.br

DAVI 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

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 ex-

RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. O perigo da imprópria universalização da dogmática penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 51-89. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

pectativas 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 – 6. Referências bibliográficas.

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 ingressar 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), devem-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 perante o 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 inte-

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*. vol. 26. n. 79. p. 56. Bogotá, 2005.

grado 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 elevar 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 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 por meio da consciência e os sistemas sociais por meio da comunicação – que transmite sentidos. Não há, porém, uma irrestrita separação entre eles, que se inter-relacionam 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 por meio 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 à 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

3. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 40.

4. NAVARRETE, Miguel Polaino. Op. cit., p. 62.

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 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 sobre as 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 que 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 indivíduos ou seres humanos.[7]

O conceito de pessoa é que 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]

---

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.
6. Idem, p. 35.
7. NAVARRETE, Miguel Polaino. Op. cit., p. 64.
8. Idem, p. 70.

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 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 médio 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 diante dele, continua em vigor ainda que ocorra uma conduta

9. Idem, p. 67.

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

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 sua vez, ter suporte cognitivo, uma pessoa que decide fazer caminhada num parque público assim o decidiu acreditando que factualmente não seria 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 en-

11. Idem, p. 40.

12. Idem, p. 42.

13. Idem, p. 45.

quanto 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]

Ao Direito Penal, segundo Jakobs, não competiria precipuamente a prevenção de delitos – de tal tarefa se incumbiria a polícia –, mas a reação ante o 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 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, que 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 professor 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

14. KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Sujeito de direito e capitalismo*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito. São Paulo, USP, São Paulo, 2012. p. 60. 177 p.

15. JAKOBS, Günther. La pena estatal... cit., p. 43.

16. Idem, p. 44.

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 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]

17. Idem, p. 48.
18. Idem, p. 51.
19. Idem, p. 52.
20. Lei 7.210/1984, 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 [efei-

Ao se ameaçar, por exemplo, os "cabeças" por detrás de uma organização terrorista com uma pena privativa de liberdade de até 15 anos, ainda que não se 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 a 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 perante o 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

---

tos 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".

23. LIZST, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1889. p. 93 ss.

24. JAKOBS, Günther. La pena estatal... cit., p. 57.

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]

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

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.

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*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2006. 381 f. 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.

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 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]

28. JAKOBS, Günther. La pena estatal... cit., p. 58.

29. Idem, p. 60.

30. Idem, p. 62.

31. JAKOBS apud MIZRAHI, Esteban. Op. cit., p. 43.

3.4 Inclusão e exclusão

Jakobs reconhece que a maioria dos presos, seja na Alemanha ou na América Latina, provém 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 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 à medida 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

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

33. LUHMANN, Niklas. *La sociedad*... cit., p. 501.

34. JAKOBS, Günther. Apud MIZRAHI, Esteban. Op. cit., p. 51.

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 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 diante do 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 a 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

35. Idem, p. 52.

36. Idem, p. 53.

37. BATISTA, Nilo. Prefácio. In: TANGERINO, Davi. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

38. JAKOBS, Günther. Apud MIZRAHI, Esteban. Op. cit., p. 62.

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]

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 jurídico, 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 cons-

39. Idem, p. 63.

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.

ciente 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 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 existe 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 por meio 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

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, Giovani Agostini. Op. cit., p. 66.

existência).[46] A partir desse horizonte, podem-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 incluída no sistema (dentro da norma, signatária da sociedade civil), tem vida no sentido de *bíos*, 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 Navarrete, 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]

---

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

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

48. NAVARRETE, Miguel Polaino. Op. cit., p. 73.

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

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 figura que expressaria bem a situação na qual o indivíduo se encontra privado de 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, por 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.

50. Idem.

51. Idem.

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 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 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 das 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 a 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

52. AGAMBEN, G. *Homo Sacer*... cit., 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, Guillaume. A vida... cit.

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]

A principal consequência desse processo de perdas acumuladas é o declínio 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 *trabalham* e *pouco consomem*. 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

55. Idem.

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. p. 179. Capítulo 12.

57. LÖWY, Michael. Op. cit., p. 111.

no interior do sistema social mencionada por Jakobs – que faz emergir a categoria de indivíduo perigoso.[58]

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 que 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 XX, os regimes totali-

58. LE BLANC, Guillaume. História da loucura... cit., p. 184.

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

60. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legitimación del control penal de los "extraños". In: CANCIO MELIÁ, M.; DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (org.). *Derecho penal del enemigo. el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006. vol. 2, p. 1118.

tários (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 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 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.

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, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 1122.

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 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 Farcs (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, em que 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]

---

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 Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70. aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 585.

67. Idem, p. 591.

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 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 torná-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 pseudosubsunção 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 Scmitt 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 Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), 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

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*. vol. 57. p. 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: ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

70. BUSATO, Paulo Cesar. A realidade das unidades... cit., p. 595.

do Rio Grande do Sul, ocupada por camponeses membros do MST em 2004 e cujos os líderes foram denunciados por crimes prescritos na malfada Lei de 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 concebido 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 Professor Doutor 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, ICPC 2005. p. 262.

74. TANGERINO, Davi. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 203.

75. 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 jan. 2006.

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 Projeto de Lei 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 Projeto de Lei 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 Arguello.[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 XVIII, trouxe à tona o moderno conceito de segurança: como meio de prevenir a fome, problema constante por que passavam os

Disponível em: [www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/a-tv-e-pontadelanca-dos-interesses-internaciona-is/]. Acesso em: 11.01.2015.

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.

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 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 XVIII, 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: em vez 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 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 criminali-

79. Idem.

80. OLIVEIRA, Luciano. Op. cit, p. 2.

81. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria...* cit., p. 16.

82. BUSATO, Paulo César. *Direito penal...* cit., p. 232-235.

zação 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" 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

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. *Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor Antonio José Avelãs Nunes*. São Paulo, Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 541.

86. JAKOBS, Günther. Terroristas como personas en derecho?. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006. vol. 2, p. 77-92.

87. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. O direito penal... cit., p. 553.

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]

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 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 com os 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 (estagio 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

88. TANGERINO, Davi. *Culpabilidade* cit., p. 111.

89. Idem, p. 113.

90. Idem, p. 114.

91. Idem, p. 115.

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, 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 con-

92. Idem, p. 118.

93. Idem, p. 122.

94. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 45.

cepção 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 Froom, 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 imaginado por Aristóteles –, denunciou a ingenuidade da base metodológica mecanicista de Freud e o seu intrínseco fisiologismo, para consignar ao ser humano um caráter suprainstintivo 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 a 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 em que 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.

95. Idem, p. 47.

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

97. MERTON apud BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 63.

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

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 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 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]

99. Idem, p. 64.

100. VIVES ANTÓN, Tomás. Ley, lenguaje y libertad: sobre determinismo, libertades constitucionales e Derecho penal. *Teoria e Derecho: Revista de Pensamento Jurídico*. n. 11. p. 181. Valencia, jun. 2012.

101. Idem, p. 182.

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 o 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 espírito pela assimilação (digestão) dos sentimentos ruins, e não apenas pelo *desculpar*, pois a culpa caminha lado a lado com o 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

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

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: 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.

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 é concretamente encarada como inimiga – 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.

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 existên-

106. PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 175.

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

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.

cia 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 latino-americana, em que 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 XIX 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 Crimino-

110. JAKOBS Günther Apud MIZRAHI, Esteban. 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 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. MIZRAHI, Esteban. Op. cit, p. 44.

logia 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 em vez de, num gesto de automenosprezo e submissão intelectual, espontaneamente incorporar aqueles.

Num Estado em que se pretenda 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.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

_____. 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.

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 bahiano, 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.

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.

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.

BATISTA, Nilo. Prefácio. In: TANGERINO, Davi. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

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 Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º 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. *Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor Antonio José Avelãs Nunes*. São Paulo, Coimbra: Coimbra Ed., 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*. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2012. 309 p.

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.* Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2006. 381 f. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/88528/234043.pdf?sequence=1]. Acesso em: 18.10.2014.

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: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (org). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión.* Madrid: Edisofer, 2006. vol. 2.

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

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

LE BLANC, Guillaume. *A vida pode ser fora das normas?* São Paulo: CPFL Cultura, 2010. 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 allemão.* Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 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.* n. 12. Ciudad de México, set.-dez. 1994.

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

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

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

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.

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

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 jan. 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 Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º 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, lenguaje y libertad: 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: 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: CANCIO MELIÁ, M.; DIEZ, Carlos Gómez-Jara (org.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006. vol. 2.

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, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/55 (DTR\2007\12).

Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais

Mediate perpetration by structural economic professional dependence in corporate crimes

Humberto Souza Santos

Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes (Ucam). Doutorando em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado criminalista.
humbertosouzasantos@hotmail.com

Área do Direito: Penal; Comercial/Empresarial

Resumo: O trabalho analisa a distinção entre autoria e domínio do fato com foco na criminalidade empresarial. Inicialmente apresentam-se as principais teorias que tratam do denominado "homem de trás" em delitos praticados no âmbito das organizações empresariais. Em seguida, propõe-se, a partir da teoria do domínio do fato, uma nova modalidade de autoria mediata: a autoria mediata fundada na dependência estrutural econômico-profissional. Por fim, é analisado o emprego da teoria do domínio do fato na Ação Penal 470 do STF, o "Caso Mensalão".

Palavras-chave: Autoria e participação - Teoria do domínio do fato - Crimes empresariais - Autoria mediata fundada na dependência econômico-profissional - Ação Penal 470 do STF, o Caso Mensalão.

Abstract: This paper analyzes the distinction between authorship and participation according the "control over the act-theory" and its subdivisions, focusing its use in corporate crimes. After presenting the main theories about the "back man" in crimes inside the business organization, a new modality of mediate authorship based on "control over the act-theory" is proposed: the mediate authorship by structural economic professional dependence. Lastly, is analyzed the use of the "control over the act-theory" on the Criminal Action 470 trial at the Brazilian Supreme Court, the "Mensalão case".

Keywords: Authorship and participation - "Control over the act-theory" - Corporate crimes - Mediate authorship by structural economic professional dependence - Criminal Action 470 Brazilian Supreme Court, the "Mensalão" case.

Sumário: 1. Introdução - 2. A teoria do domínio do fato como critério de distinção entre autoria e participação: 2.1 Autoria direta por meio do domínio da ação; 2.2 Coautoria por meio do domínio funcional do fato; 2.3 Autoria mediata por meio do domínio da vontade: 2.3.1 Domínio da vontade por meio de coação; 2.3.2 Domínio da vontade por meio de erro; 2.3.3 Domínio da vontade por meio da incapacidade de culpabilidade ou capacidade de culpabilidade diminuída; 2.3.4 Domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder - 3. Autoria mediata por aparatos de poder aplicada a organizações empresariais: pode a teoria do domínio da organização fundamentar o domínio do fato na criminalidade de empresa? - 4. Hipótese de autoria mediata fundada numa

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

interpretação funcional-sistêmica de domínio da organização? – 5. Hipótese de coautoria? – 6. Hipótese de participação? – 7. Hipótese de nova modalidade de autoria: instigação-autoria? – 8. Uma quinta modalidade de autoria mediata: o domínio da vontade fundado na dependência estrutural econômico-profissional: 8.1 Relação de dependência estrutural econômico-profissional; 8.1.1 Perda da função pode causar relevante prejuízo econômico e profissional ao homem da frente; 8.1.2 O homem da frente dificilmente será absorvido pelo mercado em função de nível equivalente à exercida na organização econômico-profissional; 8.1.3 O desligamento do homem da frente é incapaz de ocasionar relevante prejuízo financeiro ou técnico à organização econômico-profissional; 8.2 Domínio da vontade fundado na dependência estrutural econômico-profissional e o princípio da autorresponsabilidade – 9. Análise da menção à teoria do domínio do fato no julgamento da APN 470, do STF – 10. Conclusão – 11. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Há poucos anos, a teoria do domínio do fato obteve entre o público brasileiro grande fama e repercussão. E isso não foi decorrente de um súbito interesse da população por construções teóricas de direito penal, mas devido à extensa cobertura midiática de um julgamento longo que envolveu conhecidas personalidades político-partidárias e diretores de organizações empresariais. O processo decisório do STF no curso da Ação Penal 470, conhecida como "Caso Mensalão", ganhou da população o mesmo interesse de um campeonato de futebol e a expressão "domínio do fato", utilizada como recurso teórico para fundamentar a punição de indivíduos que ocupavam alta projeção política e social, surgiu para o leigo como uma nova tática capaz de fazer a justiça brasileira finalmente jogar bonito.

No entanto, passado o julgamento e direcionado o calor midiático a manter a atenção do público sobre a execução das penas, entre os penalistas ainda se discute a correção com que a teoria foi então mencionada. Ao que se verifica, os pontos críticos surgiram, em grande medida, por não ter o STF, ao contrário de tribunais de outros países,[1] encontrado pela frente um aparato de poder com as caracterísi-

1. Na América do Sul, a teoria do domínio do fato por aparatos organizados de poder foi utilizada em casos paradigmáticos na Argentina e no Peru. Na Argentina, foi empregada em 1985 durante o julgamento de membros das juntas militares da ditadura que governou o país entre 1976 e 1983, pela prática de crimes de homicídio, tortura e sequestro, e serviu de fundamento para a Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correcionais da Capital Federal da Argentina condená-los como autores mediatos, em 1985. No entanto, a teoria foi afastada pela Corte Suprema de Justiça da Argentina, que, em 1986, reformou a decisão para considerá-los partícipes. No Peru, foi aplicada para fundamentar, em 2009, a condenação do ex-presidente da República Alberto Fujimori, que governou o país entre 1990 e 2000, como autor mediato de sequestros, lesões corporais graves e homicídios ocorridos entre 1991 e 1992. Em seu país de origem, a teoria serviu para fundamentar, em 1994, a condenação de dirigentes do conselho de defesa da antiga República Democrática da Ale-

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

cas descritas por Roxin, o que justificaria com precisão o recurso à fundamentação teórica escolhida. Na verdade, o emprego que o STF deu à teoria do domínio do fato, na modalidade domínio da organização, por meio de sua transferência aos delitos que envolvem organizações empresariais, é algo controverso mesmo na doutrina e jurisprudência do país em que foi desenvolvida, a Alemanha.

O presente trabalho tem por objetivo colaborar com as discussões a respeito dessa polêmica relação entre teoria do domínio do fato e delitos praticados no âmbito de organizações empresariais. Para tanto, em primeiro lugar, optou-se por analisar as distintas categorias da autoria, bem como os elementos da participação. A partir de suas constatações, será procedido um exame sobre se a autoria mediata por aparatos de poder pode ser transferida à criminalidade de empresa, se não seria caso de coautoria, de participação ou, ainda, se não se trataria de uma modalidade de domínio do fato ainda não completamente desenvolvida. Após, buscar-se-á elucidar o verdadeiro alcance do denominado princípio da autorresponsabilidade e se ele impede a existência de autoria mediata nos casos de executor plenamente responsável. Por fim, será feito um breve estudo sobre a aplicação da teoria do domínio do fato no julgamento da Ação Penal 470 do STF.

2. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO COMO CRITÉRIO DE DISTINÇÃO ENTRE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

A teoria do domínio do fato é, atualmente, nos países influenciados pela dogmática do delito de matriz alemã, a ferramenta teórica mais relevante para, a partir da aceitação de um conceito restritivo de autor, realizar a distinção entre autoria e participação.[2]

manha como autores mediatos de homicídios praticados por guardas de fronteira que vigiavam o Muro de Berlim e tinham ordens expressas de atirar para matar quem tentasse escalá-lo. Também o Tribunal Penal Internacional utilizou seus fundamentos para condenar, em 2012, Thomas Lubanga Dyilo, ex-líder da Força Patriótica para a Libertação do Congo, movimento armado rebelde com atuação na República Democrática do Congo, como autor mediato do crime de alistamento e recrutamento de crianças menores de 15 anos e seu uso no conflito armado interno.

2. Antes de a teoria do domínio do fato tornar-se predominante, a opinião majoritária girava em torno das tradicionais teorias subjetiva e formal-objetiva. A teoria subjetiva defende que autor é quem quer o fato como seu próprio, ou seja, pratica-o com vontade de autor, o *animus auctoris*, enquanto partícipe é quem quer o fato como alheio, isto é, atua apenas com vontade de partícipe, o *animus socii*. BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 11. Auflage, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003. p. 679. A teoria formal-objetiva sustenta que autor é quem com suas próprias mãos efetua a ação de execução total ou parcialmente, enquanto partícipe, ao contrário, é quem contribui para a realização do tipo somente por meio de uma ação de preparação ou

Sua primeira formulação relacionada à autoria[3] deve-se a Lobe, que, a partir da teoria do dolo, entendia que o essencial para a autoria não era somente a existência de uma vontade de praticar o fato como seu próprio, mas que a realização dessa vontade resultasse em que o fato também fosse executado sob seu domínio. Lobe exigia, assim, para justificar a imputação de autoria, que a vontade dominasse e conduzisse uma execução útil à sua realização, de modo que, na participação, faltaria o domínio da ação de execução que objetiva a produção do resultado.[4] Posteriormente, Welzel trabalhou a noção de que, em regra, o domínio final do fato pertence à autoria de um delito doloso como o momento geral do injusto pessoal dos tipos dolosos, enquanto, por outro lado, os elementos pessoais objetivos e subjetivos do injusto se encontram, em muitos casos, como o momento de autoria especial. O domínio final do fato surge, então, como elemento geral que torna senhor do fato quem executa o fato finalisticamente de acordo com sua decisão de vontade. Isso significa que, segundo este raciocínio, o que faz do autor senhor do fato é a configuração do fato por meio de uma vontade de realização planejada e orientadora, cuja vontade final de realização, o dolo do tipo, surge como o momento geral deste domínio do fato.[5]

Apesar da existência prévia destas noções, a sistematização e o desenvolvimento da teoria do domínio do fato se devem à monografia *Autoria e domínio do fato (Täterschaft und Tatherrschaft)*, publicada por Roxin em 1963. A partir dela, fir-

---

de apoio. FREUND, Georg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2. Auflage. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2009. p. 379-380. Além da teoria do domínio do fato, da teoria subjetiva e da teoria formal-objetiva, outras propostas foram formuladas para distinguir autoria e participação, como, por exemplo, a de Lesch, que entende que tal diferenciação não obedece a critérios qualitativos, mas quantitativos, pois autoria, indução e cumplicidade seriam fenômenos de determinação da pena integrados na imputação e conduzidos à tipificação das diferentes formas de intervenção no delito, de modo que cada uma das cotas de responsabilidade rege-se conforme a envergadura da intervenção. LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado, 1997. p. 71.

3. Em verdade, a primeira menção ao termo "domínio do fato" deve-se a Hegler, em sua monografia *Os elementos do delito (Die Merkmale des Verbrechens)*, de 1915. Contudo, o termo foi empregado não como noção referente à autoria, mas relacionada aos fundamentos da culpabilidade, como explica ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000, p. 81.

4. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band II. München: Verlag C. H. Beck, 2003. p. 15-16, em citação a LOBE, Adolf. *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches*. 1933. p. 122.

5. WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. Berlin: Walter de Gruyter, 1969. p. 100.

mou-se a concepção de que autor, a figura central do processo delitivo, é quem domina o acontecimento que leva à realização do delito,[6] enquanto partícipe é aquele que, embora exerça influência sobre o acontecimento, não é decisivo para dar forma à sua execução.[7] O problema que a teoria pretende solucionar, portanto, é o da distinção entre autoria e participação, pois não é seu objetivo determinar se o indivíduo será ou não punido, mas se deve sofrer a punição na condição de autor ou partícipe.[8]

Por outro lado, a teoria do domínio do fato não foi desenvolvida com pretensões de universalidade. Na verdade, direciona-se a delitos cuja natureza exige um critério preciso de distinção entre autoria e participação, por não ser possível obter tal diferenciação de maneira evidente somente a partir das características do tipo penal. Tais delitos são aqueles que podem ser praticados por qualquer pessoa na modalidade dolosa e exigem, diante de um conceito restritivo de autor, que as diversas formas de intervenção no fato punível sejam submetidas a um filtro teórico para diferenciar a conduta de quem exerce um papel central no acontecimento típico, cuja realização se atribui ao autor, da acessória e secundária, característica de quem atua como partícipe.

Isso significa que, em relação a determinados crimes, não apenas é inadequado, mas também desnecessário, utilizar-se da teoria do domínio do fato para identificar alguma forma de autoria.[9] Com efeito, existem delitos, denominados delitos de dever, em que apenas pode se localizar no centro da realização do tipo penal quem violou um dever especial, não dirigido a qualquer pessoa.[10] Nesses casos, autor do delito é quem viola o dever que o tipo penal especialmente dirige a alguém com suas características.[11] Além dessa espécie, há os chamados delitos de própria mão, em que a figura central da execução do delito apenas pode ser vista naquele que realiza o tipo penal com as próprias mãos, que sempre será o autor.[12] E, por fim,

6. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio*... cit., p. 44.
7. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 10.
8. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. 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, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 23.
9. O que foi exposto em anterior trabalho, SOUZA SANTOS, Humberto. *Coautoria em crime culposo e imputação objetiva*. Barueri: Manole, 2004. p. 93 e seguintes e 109 e seguintes.
10. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 10.
11. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio*... cit. p. 385 e seguintes.
12. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit. Band II, 2003, p. 10.

ainda existem os delitos culposos, nos quais a autoria (a participação não é punível) se extrai diretamente dos critérios desenvolvidos no âmbito da imputação objetiva.[13]

Assim, de maneira breve e superficial, têm-se os objetivos e limites da aplicação da teoria do domínio do fato. A partir desses contornos, é preciso examinar cada uma de suas consequentes submodalidades, para que, por meio da compreensão de suas estruturas, seja possível identificar aquilo que efetivamente se aplica aos delitos comissivos praticados no âmbito das relações econômico-profissionais, o que se busca realizar nos tópicos seguintes.

2.1 Autoria direta por meio do domínio da ação

A autoria direta define a realização pessoal do tipo pelo autor, que é o único sujeito possuidor exclusivo do domínio do fato. Como os tipos penais geralmente descrevem ações ou omissões individuais, no caso de realização individual do tipo, a autoria, em sua forma mais simples, torna-se um problema de identificação da pessoa física do autor,[14] já que, por realização pessoal ou individual, deve ser entendida a execução de própria mão da ação típica.[15] Autor imediato, portanto, é aquele que pratica por si mesmo o fato punível, que preenche todos os elementos objetivos e subjetivos do tipo e, com isso, realiza com as próprias mãos o tipo penal.[16] E, por preencher na sua pessoa a totalidade dos elementos objetivos e subjetivos do ilícito, detém o domínio da ação.[17]

Ninguém domina melhor o fato do que aquele que o executa por si, por meio de uma atividade corporal própria, com as próprias mãos. Por isso, no caso da autoria direta, o autor tem o domínio do fato por meio da execução da respectiva ação típica, que se denomina domínio da ação. Trata-se, na verdade, de uma modalidade evidente de autoria, cuja forma de domínio do fato corresponde com clareza à compreensão do domínio do fato como realização do tipo.[18] Por isso, não importa

13. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I. München: Verlag C. H. Beck, 2006. p. 1065.

14. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal, parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008. p. 361-362.

15. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 77.

16. KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2008. p. 327.

17. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral*. São Paulo, Coimbra: Ed. RT, Coimbra Ed., 2007. t. I, p. 775.

18. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit. Band II, 2003, p. 19-20.

se o autor atua em interesse próprio ou alheio,[19] o relevante é se, de acordo com o significado de sua contribuição objetiva, governa o curso do fato.[20]

2.2 *Coautoria por meio do domínio funcional do fato*

Os casos de coautoria caracterizam-se pelo domínio comum do tipo penal por meio de uma divisão do trabalho entre os coautores. No plano subjetivo, revela-se como a decisão comum de realizar fato típico determinado, o que, por sua vez, fundamenta a responsabilidade de cada coautor pelo fato típico comum em sua integralidade. No plano objetivo, a realização comum do fato típico ocorre por meio de contribuições parciais necessárias para que o fato exista como um todo.[21] Assim, a coautoria se define como a realização do tipo executada por meio de uma divisão de trabalho.[22] O domínio do fato do coautor decorre de sua função na execução, ou seja, ele assume uma tarefa, que é essencial para a realização do plano do fato e lhe possibilita o domínio do acontecimento global mediante sua parcela de contribuição.[23] Esse contexto é identificado por meio de três requisitos essenciais: 1. a existência de um plano comum do fato; 2. uma execução comum; e 3. uma contribuição essencial no estágio de execução.[24]

Não é possível coautoria, com base no domínio funcional do fato, se as pessoas que trabalham para o mesmo objetivo não sabem nada umas das outras, bem como não é suficiente quando o conhecimento uns dos outros não leva a um trabalho comum, mas apenas ao aproveitamento da mesma situação.[25] Tampouco é necessário que o plano do fato seja elaborado e decidido em comum.[26] Além disso, basta que o acordo seja estabelecido antes ou depois do início do fato e ocorra de maneira implícita.[27]

No entanto, o plano comum do fato e sua execução comum deixam de existir se o coautor continua a agir mesmo depois que o fato comum foi dado pelos demais

19. Haft, Fritjof. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 9. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2004. p. 200.
20. Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 702.
21. Cirino dos Santos, Juarez. Op. cit., p. 362.
22. Batista, Nilo. Op. cit., p. 101.
23. Cirino dos Santos, Juarez. Op. cit., p. 77.
24. Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 78.
25. Idem, ibidem.
26. Idem, p. 79.
27. Idem, ibidem.

como terminado.[28] Da mesma maneira, o excesso de um coautor não pode ser atribuído aos outros intervenientes, por estar fora do plano comum do fato e, por conseguinte, da comunhão de comportamentos. Nesses casos, não há, em regra, coautoria, devido à ausência de dolo do fato excessivo.[29] Apesar dessa conclusão, é controvertido se um excesso não doloso decorrente de erro pode ser imputado aos demais coautores, cuja punibilidade é defendida pela doutrina majoritária.[30] Wessels e Beulke, por exemplo, afirmam que um equívoco quanto ao objeto pelo coautor (*error in persona vel objecto*) deve ser desconsiderado quando a ação do fato não ultrapassa o combinado e a confusão não alcança o dolo do tipo em razão da equivalência típica do objeto.[31] Já Baumman, Weber e Mitsch sustentam que, se o erro é desconsiderado para a punibilidade de um autor individual, é preciso admitir sua irrelevância também no comportamento em coautoria para todos os coautores.[32] Todavia, a posição mais correta é entender que os demais coautores não são responsáveis pelo excesso de um, indiferente se a ultrapassagem dos limites do plano do fato ocorreu por excesso doloso ou por erro, já que o plano comum do fato fundamenta e limita, ao mesmo tempo, a coautoria.[33]

Por outro lado, o plano do fato não precisa estipular expressamente cada detalhe da conduta do coautor. Ao contrário, é possível existir a liberdade para arranjar os detalhes e agir ou reagir de acordo com a situação concreta, de modo que toda forma de comportamento de adequação ao plano está abrangida pelo acordo.[34] Nos casos de delitos qualificados, basta que o plano comum e a execução comum se refiram ao delito-base, o que significa que, em relação ao resultado qualificado, cada coautor individual, dado o caso da qualificadora, deve agir com culpa e, eventualmente, pode-se reconhecer uma coautoria culposa. A culpa de um coautor ocorre, na maioria das vezes, quando o perigo de que o resultado mais grave se realize já é deduzido do plano comum do fato do delito-base praticado em coautoria.[35] É uma situação que difere do delito totalmente culposo, em que a coautoria

28. Idem, p. 79-80.
29. Idem, p. 80.
30. Idem, ibidem.
31. WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 38. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2008. p. 190.
32. BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. Op. cit., p. 698.
33. Nesse sentido, ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 80; OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht Allgemein,e Strafrechtslehre*. 7. Auflage. Berlin: De Gruyter Recht, 2004. p. 300.
34. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 80.
35. Idem, p. 81.

não se estrutura pela teoria do domínio do fato, mas pela existência de três elementos: (a) um acordo comum para um fato não delituoso; (b) a criação de riscos não permitidos pelas condutas dos intervenientes praticadas em razão desse acordo comum e (c) o incremento desses riscos, que gera um risco conjunto imputável reciprocamente a todos os coautores.[36]

2.3 Autoria mediata por meio do domínio da vontade

A autoria mediata ocorre nas hipóteses em que, para a realização de um delito, o autor se utiliza de um terceiro que atua como instrumento. A modalidade de domínio do fato que a fundamenta é o domínio da vontade.[37] Nesses casos, falta a ação executiva do homem de trás e o domínio do fato se baseia no poder da vontade reitora.[38] As hipóteses em que surge esse poder da vontade reitora, que justifica o domínio da vontade do homem da frente pelo homem de trás, foram desdobradas por Roxin em três manifestações: 1. a coação; 2. o erro; e 3. a existência de um aparato hierárquico vertical de poder.

2.3.1 Domínio da vontade por meio de coação

O caso aparentemente mais simples de domínio da vontade por meio de uma atividade de coação é o da ameaça.[39] Nessa hipótese, o autor imediato age em circunstâncias de coação irresistível,[40] o que não exclui a autoria mediata do homem de trás, cujo domínio da vontade pressupõe o domínio da ação do executor.[41] Entretanto, não basta qualquer pressão, pois também o instigador exerce uma influência motivadora sobre o autor sem que ocorra, por isso, o domínio do fato.[42] O limite reporta-se a um dado empírico, a intensidade da pressão psíquica, cujas linhas delimitadoras, no entanto, são determinadas de maneira normativa, de acordo com as regras do estado de necessidade exculpante previsto no direito penal alemão, que corresponde à exclusão da antijuridicidade por coação irresistível de acordo com a regra brasileira do art. 22 do CP. Entretanto, como não é possível uma mensurabilidade exata do grau de influência coercitiva, o domínio do fato

36. SOUZA SANTOS, Humberto. *Coautoria em crime...* cit., p. 109 e seguintes.

37. BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 129.

38. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio...* cit., p. 166.

39. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 23.

40. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. cit., p. 364.

41. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 23.

42. Idem, p. 23-24.

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

submete-se, como todos os conceitos jurídicos, com exceção daqueles que envolvam a adoção de medidas inequívocas e matemáticas, a um campo de delimitação de verificação teleológica.[43]

Também é possível a autoria mediata quando o homem de trás produz o estado de necessidade do autor imediato não por meio de ameaça, mas da criação de uma situação exterior equivalente. É o caso, por exemplo, em que A provoca com dolo a morte de C ao levar B a uma situação de perigo tal que, como A previa, somente por meio da morte de C era possível a B se salvar. Nessa hipótese, A é autor mediato do delito de homicídio, pois é o próprio senhor da situação e serve-se de B apenas como um instrumento jurídico-penalmente não responsável, embora seja um caso raro de se ver na prática.[44]

Contudo, a questão se torna distinta quando o homem de trás não cria a situação de estado de necessidade, justificante no direito penal brasileiro, exculpante no direito penal alemão, mas somente a utiliza para o seu objetivo. Roxin enxerga aqui autoria mediata apenas em duas constelações de casos. A primeira, quando alguém vincula o salvamento à prática de um fato punível, como no exemplo em que A, o único que pode levar a tempo o acidentado B ao hospital, condiciona sua ajuda salvadora a B assinar previamente um documento falso. O homem de trás também é punível como autor mediato quando ele não deixa possibilidade de se salvar a quem se encontra em estado de necessidade a não ser à custa de um inocente, como, por exemplo, no caso em que A entrega material explosivo ao alpinista B que está soterrado e corre o risco de morrer, para que ele o detone e possa ter o caminho livre, embora A e B saibam que, como consequência da detonação, outros alpinistas devem morrer, embora pudessem ser salvos de outra maneira. Nessa hipótese, B não sofre punição, mas A, que sem necessidade aproveita o medo da morte de outros para matar terceiros, domina responsavelmente o decurso dos acontecimentos e é autor mediato.[45]

A regra é a mesma para as hipóteses de coação à autolesão, em que alguém coage outra pessoa a submeter-se a experimentos danosos à saúde ou a cometer suicídio, o que leva à punição como autor mediato de lesão corporal ou de homicídio se a ameaça contiver os pressupostos do estado de necessidade, justificante no direito penal brasileiro, exculpante no direito penal alemão. No entanto, se, por exemplo, for o caso apenas de revelação de um escândalo, o chantagista é punido somente pelo crime de ameaça, não pela lesão corporal ou pelo homicídio.[46]

43. Idem, p. 24.
44. Idem, p. 25.
45. Idem, ibidem.
46. Idem, p. 26.

Por outro lado, também é possível domínio do fato por meio de ameaça em hipóteses nas quais o instrumento se comporta de maneira lícita. É o que ocorre, por exemplo, quando A coage B, por meio de uma ameaça de morte, a agredir C, que, por sua vez, mata a tiro B, em legítima defesa. Se A queria ou aceitou isso, é autor mediato da morte de B. Nesse caso, ambos B e C foram instrumentos de A, pois agiram sem responsabilidade e de maneira justificada diante da lei. Contudo, se A apenas instigou B e não o coagiu, não pode lhe ser imputada a morte de B mediante a ação de legítima defesa de C, pois, nessa hipótese, B tinha o domínio do fato, enquanto A deve ser punido apenas como instigador do fato eventualmente praticado por B.[47]

2.3.2 Domínio da vontade por meio de erro

O domínio da vontade por meio do erro, segunda modalidade de autoria mediata, pode se apresentar em quatro graus distintos. O primeiro, quando o instrumento atua sem dolo. O segundo, quando o executor, apesar de atuar dolosamente, encontra-se em erro de proibição causado pelo homem de trás ou do qual ele ao menos se aproveita. O terceiro, quando o autor imediato, embora pratique uma ação típica e antijurídica, encontra-se em circunstâncias capazes de excluir sua responsabilidade. Finalmente, o quarto, quando o executor é jurídico-penalmente responsável por seu ato, mas o homem de trás enxerga a forma e a medida da lesão melhor do que o autor imediato.[48] Todas as modalidades de domínio da vontade por meio do erro possuem estrutura diferente do domínio por meio da ameaça, pois não há coação, mas uma consciência que possibilita ao homem de trás o controle dos acontecimentos por vislumbrar o que o autor imediato não sabe ou não quer ter como verdade. Assim, o homem de trás dispõe o executor, no âmbito dessa consciência maior, como um puro fator causal em seu plano.[49]

A autoria mediata do homem de trás é incontroversa nos casos em que ele coloca o executor em erro de tipo excludente do dolo, o que o leva a atuar sem culpa ou, quando muito, com culpa inconsciente. Assim, A é autor mediato de homicídio se ele manda B aplicar em C uma falsa injeção de calmante que, na verdade, contém um veneno mortal.[50] Da mesma maneira, admite-se autoria mediata quando o homem de trás não produz o erro do executor, mas apenas dele se aproveita. Contudo, em caso contrário, diante do comportamento doloso do autor imediato, apenas existe participação.[51]

47. Idem, p. 28.
48. Idem, p. 29.
49. Idem, ibidem.
50. Idem, ibidem.
51. Idem, p. 30.

Entretanto, é discutível a possibilidade de se admitir autoria mediata pela produção ou aproveitamento de um erro excludente de dolo nos casos em que o executor age com culpa consciente. Isso porque, nessas hipóteses, o autor imediato que atua com culpa consciente não realiza "cego" o resultado, mas vislumbra a possibilidade de sua ocorrência. Entretanto, mesmo nos casos de culpa consciente do autor imediato, o homem de trás enxerga os fatos melhor do que o executor nas hipóteses em que sabe da certeza ou da alta probabilidade de realização do resultado que o autor imediato tem apenas como possível.[52]

Ocorre também autoria mediata quando o homem de trás arma uma falsa situação de legítima defesa ao autor imediato ou aproveita-se de um já existente erro de tipo permissivo.[53] Da mesma maneira, pode-se falar em autoria mediata do homem de trás quando o erro sobre o fato exclui não apenas o dolo delitivo, mas inclusive a antijuridicidade do comportamento do autor imediato. Esta hipótese, que Roxin denomina de instrumento lícito, ocorre especialmente em ações estatais, por exemplo, quando A acusa falsamente B de um crime grave e compila indícios aparentemente fortes, capazes de fundamentar uma regular prisão temporária ou preventiva decorrente da acusação injusta, *ex ante* aparentemente necessária. As autoridades que participaram dessa prisão, policiais, promotor de justiça, juiz, atuaram licitamente como instrumentos de A, que deve ser punido como autor mediato da privação de liberdade de B.[54]

A regra do domínio da vontade em razão do erro também se aplica, de maneira análoga, nos casos de autolesão produzida mediante engano. Assim, por exemplo, quando alguém, com o objetivo de matar, entrega uma comida envenenada à vítima, torna-se autor de crime de homicídio, mesmo se a ação imediata que levou à morte, no caso o saborear a comida, tenha sido praticada pela própria vítima.[55]

2.3.3 Domínio da vontade por meio da incapacidade de culpabilidade ou capacidade de culpabilidade diminuída

A terceira modalidade de autoria mediata decorre da incapacidade de culpabilidade ou da capacidade de culpabilidade diminuída do executor do fato, que permite ao homem de trás exercer um domínio sobre sua vontade. Incapaz de culpabilidade ou inimputável é a pessoa que age sem a capacidade de entender o caráter injusto ou de atuar de acordo com esse entendimento e, também, os jovens menores de idade

52. Idem, ibidem.

53. Idem, p. 31.

54. Idem, p. 32.

55. Idem, ibidem.

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

incapazes de responsabilidade penal. Roxin explica que a utilização pelo homem de trás de um instrumento incapaz de culpabilidade ou com capacidade de culpabilidade diminuída constitui uma modalidade de autoria mediata que é uma mistura estrutural de um domínio em razão do erro e da ameaça. Isso porque, em razão da falta de capacidade de culpabilidade, o executor do fato atua em erro de proibição inevitável, excludente de sua culpabilidade. Por isso, esses casos devem ser tratados de acordo com as mesmas regras do domínio do fato decorrente do erro. Contudo, por outro lado, como falta no executor capacidade de resistir às instruções, o homem de trás manipula seu comportamento da mesma maneira que no domínio derivado da ameaça, sem, no entanto, precisar empregar algum meio de pressão, já que quando inexiste capacidade de resistência, não é necessário impor violência ou coação para exercer o domínio. Assim, não raro ambas as modalidades de domínio da vontade podem surgir em conjunto ou transporem-se uma para a outra.[56]

Roxin sustenta que, nos casos de domínio do fato por incapacidade de culpabilidade ou capacidade de culpabilidade diminuída, o emprego de um incapaz de culpabilidade fundamenta a autoria mediata sem que seja relevante se o doente mental ou a criança ou adolescente tenha tido uma vontade própria no caso individual. Se, durante o preenchimento concreto do tipo, alguém é incapaz de entender o injusto de seu comportamento ou de se conduzir de acordo com esse entendimento, não é compreensível como se poderia atribuir ao mesmo tempo a tal indivíduo uma vontade própria delitiva considerada juridicamente sob o ponto de vista de delimitação entre autoria e participação. E, nos casos de criança e adolescente, embora seja teoricamente possível que, em razão de seu desenvolvimento intelectual e espiritual, a criança ou o adolescente já tenha maturidade suficiente para entender o injusto do fato e de agir de acordo com este entendimento, de modo a, nessa medida, supor uma participação ou uma autoria mediata, o princípio da responsabilidade fundamenta a desobrigação penal do executor e a responsabilidade exclusiva do homem de trás, que se torna a figura central do acontecimento e, com isso, seu autor mediato.[57]

A mesma regra vale para os casos de contribuição a uma autolesão. Quem exorta ou facilita o suicídio de uma criança, um jovem incapaz de culpabilidade ou um doente mental, é autor mediato de um delito de homicídio. Também o fornecimento a tais pessoas de entorpecentes ou substâncias de efeitos mortais ou prejudiciais à saúde pode ser punível como homicídio ou lesão corporal se o homem de trás tiver o necessário dolo da ocorrência de tais delitos.[58] Nas hipóteses de relevante

56. Idem, p. 58-59.

57. Idem, p. 59.

58. Idem, ibidem.

diminuição da capacidade de culpabilidade do executor, o princípio é o mesmo para a contribuição à autolesão ou ao suicídio, com a diferença de que a capacidade de entendimento do autor não deve se referir à ausência de injusto, mas ao alcance do comportamento para a sua própria pessoa. Nas hipóteses de autolesão, a falta de entendimento, por exemplo, repercute no alcance do prazer proporcionado pelo uso do entorpecente e, em regra, no baixo conhecimento do risco, o que torna o fornecedor da droga autor mediato. Já nos casos de completo entendimento do risco pela vítima, a ainda persistente capacidade de resistência, embora diminuída, fundamenta apenas uma participação não punível em uma autocolocação dolosa em perigo. Nos casos de suicídio, pode faltar ao suicida o entendimento do alcance de seus atos sob a influência de álcool, drogas ou alucinações, de modo que o colaborador se torna autor mediato de homicídio. Já se existe o entendimento do suicida e sua capacidade de resistência é apenas diminuída, embora ainda presente no caso concreto, o fornecedor deve ser considerado apenas um colaborador impunível.[59] Contudo, no direito brasileiro, essa última solução é distinta, já que a participação em suicídio é disposta como delito no art. 122 do CP, que prevê, inclusive, a aplicação em dobro da pena se a vítima tiver, por qualquer motivo, diminuída a capacidade de resistência.[60]

2.3.4 Domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder

A quarta modalidade de domínio da vontade desenvolvida por Roxin constitui uma nova construção diante das hipóteses tradicionais de autoria mediata. É o caso da submissão do executor do fato a um aparato de poder capaz de assegurar obediência ao homem de trás mesmo nas hipóteses em que inexiste ameaça ou erro, pois o próprio aparato como tal garante o cumprimento das ordens.[61] Aquele que ordena não precisa, nessas circunstâncias, recorrer à ameaça ou ao erro do autor imediato, pois o aparato de poder, na falta do indivíduo destacado para o cumprimento da ordem, possui outro à disposição que possa assumir sua função.[62] Por

59. Idem, p. 64.

60. Código Penal brasileiro: "Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio. Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único. A pena é duplicada: Aumento de pena. I – se o crime é praticado por motivo egoístico; II – se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência".

61. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 46.

62. ROXIN, Claus. Autoria mediata por meio do domínio da organização. Trad. José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 323.

isso, é uma característica dessa forma de autoria mediata que o homem de trás com frequência não conheça pessoalmente o executor.[63]

De acordo com a teoria do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder, o autor mediato está na manivela de comando de um aparato de poder, independente do grau de hierarquia, e por meio de uma ordem pode produzir fatos puníveis que não dependem da individualidade do executor.[64] Para que exista esse domínio da organização são necessários três pressupostos. O primeiro, que o homem de trás exerça um poder de comando no âmbito da organização; o segundo, que a organização esteja desvinculada do direito; e o terceiro, que os executores individuais sejam substituíveis, ou seja, fungíveis, de maneira que, caso não se possa contar com a atuação de um determinado executor, outro irá agir em seu lugar.[65] Em meados da década passada, Roxin chegou a conceber um quarto pressuposto: a elevada disposição dos executores ao fato,[66] mas mudou de opinião para reconhecer que a elevada disposição ao fato não se caracteriza como um pressuposto autônomo do domínio da organização, já que decorre, na verdade, dos outros três pressupostos que fundamentam o domínio da organização.[67]

A "fungibilidade", a substitutividade ilimitada do autor imediato, é o que garante ao homem de trás a execução do fato e o faz dominar o acontecimento. Isso porque o autor imediato é apenas uma peça substituível no mecanismo do aparato de poder, o que não muda nada em relação à sua punibilidade, na condição de autor imediato, por ter praticado o crime com as próprias mãos.[68] No entanto, essa posição não é pacífica. Há um entendimento que considera coautor, não autor mediato, esse homem de trás que comanda aparatos organizados de poder.[69] Nesse sentido, Jescheck e Weigend sustentam que, se os executores das ordens no âmbito

63. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 47.

64. Idem, ibidem.

65. ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do "domínio da organização" *(Organisationsherrschaft)*. Trad. Raquel Lima Scalcon. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 311.

66. ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista de Estudios de la Justicia*. n. 7. p. 19-20. Santiago: Facultad de Derecho de Universidad de Chile, 2006.

67. ROXIN, Claus. Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 4. Jahrgang, Ausgabe 11, 2009, p. 567. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_369.pdf].

68. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 47.

69. Idem, p. 52.

de um aparato organizado de poder são plenamente responsáveis, a pessoa que ocupa a posição central da organização é coautor precisamente porque domina a organização. Nesse caso, o caráter comum da resolução delitiva se produz por meio da consciência, tanto do diretor do aparato quanto dos executores, de que um fato determinado ou vários da mesma classe devem ser realizados de acordo com as indicações da direção.[70] E, também, Jakobs afirma que considerar autoria mediata é tão supérfluo como nocivo, porque encobre a vinculação organizativa de todos os intervenientes, nem sempre forçada, até converter-se em um fazer comum. Isso porque, somente por meio da conjunção de quem emite a ordem e quem a executa, é possível interpretar um fato singular do executor como contribuição a uma unidade que abranja diversas ações executivas.[71] Assim, quem atua em um aparato organizado de poder, com responsabilidade por suas condutas, não são instrumentos e quem emite ordens não é autor mediato, pois, como qualquer partícipe, não pode fazer valer juridicamente sua autoridade, ou seja, ser o último responsável da decisão sobre a realização do tipo.[72]

Contudo, Roxin identifica ao menos três fundamentos decisivos contra a conclusão de que o homem de trás no âmbito dos aparatos organizados de poder atua como coautor. Em primeiro lugar, falta uma decisão comum para o fato, o que, de acordo com a doutrina absolutamente dominante, é um pressuposto de toda prática em comum que caracteriza a coautoria. Em segundo lugar, falta também uma execução comum do fato, pois o denominado "autor de mesa de escritório" não executa nada pessoalmente, "não suja suas mãos", mas se serve do executor como um "instrumento" de sua vontade. Em terceiro lugar, ao se aceitar uma coautoria, a diferença de estrutura entre autoria mediata, a prática "por meio de outro", e coautoria, a prática "comum", torna-se nivelada e, por consequência, a linha divisória entre ambas as formas de autoria desaparece.[73] E tal não é adequado, pois a autoria mediata possui uma estrutura vertical, no sentido de um decurso de cima para baixo, daquele que

70. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 722.

71. JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general.* Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997. p. 784.

72. JAKOBS, Günther. Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik.* 4. Jahrgang, Ausgabe 11, 2009, p. 573. Embora Jakobs considere o ex-presidente peruano autor e não somente partícipe dos delitos praticados, fundamenta essa autoria apenas na violação dos deveres funcionais inerentes ao cargo de presidente da República e não na figura da autoria mediata derivada do exercício de domínio do fato por meio de aparatos organizados de poder. Idem, p. 574-575. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_371.pdf].

73. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 52-53.

manda fazer ao executor, enquanto a coautoria, ao contrário, tem uma estrutura horizontal, no sentido de que os coautores atuam ao mesmo tempo e lado a lado.[74]

Além do entendimento de que o homem de trás, nos casos de aparatos organizados de poder, seria coautor, existe, também, a posição de que atuaria, na verdade, como instigador. Essa opinião tem ganhado cada vez mais novos seguidores, mesmo após o julgamento em que o *BGH*,[75] em 26.07.1994, considerou os membros do conselho de defesa da antiga República Democrática da Alemanha autores mediatos dos homicídios praticados por atiradores que vigiavam o muro de Berlim e recebiam ordens para disparar contra quem tentava superá-lo.[76] Assim, Herzberg não dá importância ao argumento do "autor da mesa de escritório", segundo o qual apenas a aceitação da autoria expressa solucionaria adequadamente o injusto praticado por criminosos como Stalin, Hitler e Fujimori. Isso porque avalia que essas valorações de adequação são arbitrárias, pois por meio delas é possível atribuir autoria mediata em todos os casos possíveis em que um indivíduo se afasta de maneira especificamente delitiva do direito e se utiliza de sua posição de poder sobre subordinados para ordená-los a praticar fatos puníveis. Esse raciocínio, por exemplo, permite atribuir autoria mediata a um pai muçulmano que, mediante sua forte autoridade, encarrega seus filhos de praticar um "homicídio de honra" ou ao diretor de uma empresa de excursões de degustação de café, que exige de seus vendedores que pratiquem fraudes sob ameaça de demissão.[77] Por isso, conclui que, na verdade, Fujimori deveria ter sido condenado por participação nos homicídios que ordenou, pois ele não os praticou como autor, já que suas determinações não preencheram nem os requisitos da autoria mediata nem da coautoria.[78]

Entretanto, tais argumentos não são suficientes para descaracterizar o caso como autoria mediata. É correto o argumento de Roxin de que Herzberg compara o incomparável, pois defender que a influência de um ditador no crime por ele ordenado não é maior do que a de um pai sobre seu filho ou de um empresário sobre seus funcionários é uma tese incompreensível.[79] Roxin constata que a atribuição de instigação a esses casos tem fundamento mais próximo da autoria mediata do que

74. ROXIN, Claus. Autoria mediata... cit., p. 323.

75. *Bundesgerichtshof* – Supremo Tribunal Federal alemão, correspondente ao nosso Superior Tribunal de Justiça.

76. BGH, 26.07.1994 – 5 StR 98/94. Publicado em *BGHSt* 40, 218.

77. HERZBERG, Rolf Dietrich. Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates.*Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 4. Jahrgang, Ausgabe 11, 2009, p. 579. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_372.pdf].

78. Idem, p. 580.

79. ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão... cit., p. 323.

da coautoria, pois a instigação apresenta uma estrutura vertical e consiste na mera deflagração de acontecimento por mãos alheias, mas a diferença decisiva está em que o instigador não domina a execução do fato, ou seja, que a realização do tipo não depende de sua vontade.[80] Já a situação do "autor de mesa de escritório" é distinta, pois é o personagem central do crime por ele próprio ordenado. Nesse contexto, o executor subordinado, que em todo o caso também é responsável como autor devido ao seu domínio da ação, não pode discutir com quem ordena o domínio de sua vontade resultante da alta posição de controle do aparato. Além disso, é possível verificar com clareza diferenças especiais de relação estrutural que distinguem um "autor de mesa de escritório" de um instigador. Em primeiro lugar, o instigador precisa, desde logo, buscar um autor, enquanto o autor de mesa de escritório precisa, apenas, proferir uma ordem. Em segundo lugar, o instigador precisa estabelecer contato com o potencial autor, convencê-lo a adotar seu plano e superar suas objeções, já aquele que emite ordens na hierarquia de um aparato de poder se poupa disso.[81]

Portanto, é correto admitir a figura da autoria mediata por aparato de poder nos termos propostos por Roxin. E sequer a existência de um homem da frente plenamente responsável é motivo suficiente para torná-la inviável. Isso porque a autoria leva a uma especial responsabilidade destacada na realização do tipo, que, nas hipóteses de domínio da organização, alcança os "grandes", isto é, quem se utiliza do aparato de poder, e os "pequenos", que são aqueles que executam o fato em pessoa. Essa relação de responsabilidade, que se manifesta como um "estar em dependência recíproca", é o que reflete a teoria do domínio da organização de maneira mais exata, já que, de acordo com ela, ambos são condenados, quem ordena e quem executa, como autores, um mediato e outro direto, devido à sua especial responsabilidade.[82] Os problemas, contudo, tornam-se agudos quando o raciocínio da autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder é transposto para as organizações empresariais.

3. AUTORIA MEDIATA POR APARATOS DE PODER APLICADA A ORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS: PODE A TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO FUNDAMENTAR O DOMÍNIO DO FATO NA CRIMINALIDADE DE EMPRESA?

Apesar do grande sucesso alcançado pela teoria da autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder, Roxin, seu criador, afirma que ela não é, de manei-

80. ROXIN, Claus. Autoria mediata... cit., p. 335.

81. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 54.

82. ROXIN, Claus. Sobre a mais recente... cit., p. 320.

ra alguma, uma superextensão da autoria. E lamenta que isso de fato ocorra na transferência dessa construção a ações delitivas praticadas a partir da chefia de empreendimentos econômicos ou outras estruturas hierárquicas. Roxin concorda com a aplicação da autoria mediata por meio do domínio de aparatos organizados de poder a organizações mafiosas ou terroristas que tenham à disposição numerosos executores substituíveis, mas a entende inviável quando ausente a fungibilidade do executor, como ocorre, por exemplo, quando, numa empresa participante de relações econômicas no âmbito do ordenamento jurídico, um diretor exorta um funcionário a falsificar documentos. Nesse caso, o diretor é apenas instigador do fato praticado, cujo autor é o funcionário, pois é de se esperar de qualquer pessoa sob a base de uma organização jurídica de trabalho que não obedeça a instruções ilícitas.[83]

A crítica de Roxin é especialmente dirigida ao caminho tomado pela jurisprudência alemã, que teria superestendido o alcance da teoria. Roxin expõe como exemplo desta superextensão a decisão do *BGH* proferida em 13.09.1994 sobre um caso de ajuda à morte, em que o filho e o médico de um paciente deram ordem ao seu cuidador pessoal para encerrar o tratamento que o mantinha vivo, o qual desobedeceu, e foram, por isso, condenados como autores mediatos de tentativa de homicídio. Isso sob o argumento de que, em razão da competência para emitir ordens derivadas da condição de filho e de médico responsável pelo tratamento, bem como do papel sujeito a ordens do auxiliar, ambos os acusados possuíam o critério subjetivo da vontade de autor e os pressupostos objetivos do domínio do fato.[84] Nesse caso, Roxin explica que não apenas faltava a fungibilidade do executor da ordem, como também um hospital não trabalha desvinculado juridicamente da proibição de se causar morte, mas observa estritamente as normas que regulam tal vedação. No caso concreto, o fato de o auxiliar não ter executado a ordem, mas evitado a morte, torna manifesta a falta de domínio do fato dos homens de trás. E ainda que outras pessoas executoras fossem levadas em consideração, também se poderia e deveria esperar delas a recusa da execução da ordem devido à conhecida ilicitude da morte. Por isso, Roxin conclui que nesse caso individual existiu apenas instigação.[85]

Outra decisão criticada por Roxin foi a proferida pelo *BGH* em 06.06.1997, que resultou na condenação de diretores de uma companhia limitada como autores mediatos de uma eliminação de lixo perigosa para o meio ambiente, tipo penal previsto no § 326 do CP alemão, por considerar que do "domínio do fato decorren-

83. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 55.

84. BGH, 13.09.1994 – 1 StR 357/94. Publicado em *BGHSt* 40, 257.

85. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 56.

te da vontade de autor" dos diretores se deduz que eles teriam delineado e aberto caminho à eliminação ilegal de lixo.[86] Roxin afirma que tal conclusão é equivocada porque abrir e delinear o caminho ao fato punível é um papel típico dos instigadores e, com frequência, do próprio auxílio prestado por meio de aconselhamento técnico. Por isso, sustenta que de nenhuma maneira seria possível resultar um domínio do fato somente dessas circunstâncias.[87]

Também é objeto de críticas de Roxin a decisão do *BGH* em que diretores de uma companhia limitada foram condenados como autores mediatos de uma fraude praticada por seu funcionário, embora não se tivesse podido "constatar nenhuma atuação concreta ou mesmo somente um conhecimento atual dos acusados em relação às encomendas de mercadorias individualmente consideradas".[88] Roxin questiona a decisão com o argumento de que um domínio do fato sobre um acontecimento em que os acusados não tiveram nenhuma atuação concreta não está nem próximo de ser fundamentado. Por isso, afirma que o domínio do fato foi aqui utilizado somente para imputar autoria a qualquer responsabilidade indireta da diretoria de uma empresa e, para tanto, o conceito não é adequado.[89]

Roxin afirma que essa apropriação da teoria do domínio da organização para fundamentar autoria em contextos distintos apenas se tornou possível porque o *BGH*, desde sua decisão inicial sobre o conselho de defesa da antiga República Democrática da Alemanha, acrescentou dois outros pontos de vista para fundamentar a autoria mediata. O primeiro, que o homem de trás aproveite a "disponibilidade incondicional do autor imediato para realizar o tipo penal"; e o segundo, que ele queira "o resultado como efeito de sua própria conduta".[90] Contudo, Roxin entende que o primeiro ponto de vista é derivado da opinião de Schroeder, que vê o fundamento da autoria mediata em casos de domínio da organização no aproveitamento da já existente decisão do executor para realizar o fato.[91] Isso, segundo Roxin, não é correto e foi predominantemente rejeitado pela doutrina, pois a configuração do domínio da organização não depende da decisão para o fato do executor individual, mas de sua substitutividade. Além disso, ainda observa que não existe no plano da adequação jurídica das empresas laborativas nenhum fundamento para que os funcionários sejam mais decididos a executar chamados criminosos do que

86. BGH, 06.06.1997 – 2 StR 339/96. Publicado em *BGHSt* 43, 219.

87. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 56.

88. BGH, 11.12.1997 – 4 StR 323/97. Publicado em *BGH wistra* 1998, 148.

89. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 56.

90. BGHSt 40, 236. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 56-57.

91. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 57, em citação a SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, p. 152 e seguintes.

outras pessoas.[92] O segundo ponto de vista, analisa Roxin, significa um retorno à teoria subjetiva, com a qual a teoria do domínio do fato não concorda e da qual é independente. Tal retorno é devido ao seu inútil e vazio apego à formalidade, pois quando se diz que as pessoas que atuam no plano da diretoria tenham querido os fatos puníveis praticados por seus funcionários como um resultado de sua própria conduta, o único fundamento que se apresenta é uma irrelevante frase feita.[93]

Com base nessas observações, Roxin conclui que a autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder é uma frutífera figura jurídica que permite o homem de trás ser entendido como autor principalmente nos casos de crimes de Estado e delitos de organizações criminosas. No entanto, afirma que será exigida além de seus limites,[94] ou seja, será sempre superestendida caso se pretenda atribuir sua modalidade de domínio do fato a toda relação hierárquica e pessoas que exercem função de direção em empreendimentos econômicos por fatos puníveis relacionados à empresa praticados por subordinados sem que seja considerada a forma de sua contribuição.[95]

4. HIPÓTESE DE AUTORIA MEDIATA FUNDADA NUMA INTERPRETAÇÃO FUNCIONAL-SISTÊMICA DE DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO?

Heine busca superar as objeções à aplicação da teoria do domínio da organização nos âmbitos empresariais por meio de uma divisão dos fundamentos da responsabilidade penal entre responsabilidade individual, que viria do domínio do fato e responsabilidade empresarial, decorrente do direito penal empresarial. Isso com base numa interpretação funcional-sistêmica de domínio da organização da empresa, que se torna deficiente à medida que a empresa se descuida da possibilidade de remediar a tempo um perigo, se omite a respeito de programas de prevenção no planejamento ou nos investimentos. Nesses casos, os deveres podem ser identificados no nível de cada divisão específica da empresa, conforme as suas funções, e a materialização dos riscos típicos da empresa devem ser considerados como condições objetivas de punibilidade, que se explica pelo fato de que o resultado, no direito penal das empresas, não é produto de um comportamento dominado pela vontade de um autor, mas derivado de um processo acumulativo de administração deficiente durante um longo tempo. Por isso, Heine defende que a relação entre a condição objetiva de punibilidade e a administração defeituosa do perigo se orienta, no lugar de uma causali-

92. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 57.

93. Idem, p. 57.

94. ROXIN, Claus. Autoria mediata... cit., p. 335.

95. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 58.

dade estrita, por uma teoria de aumento do risco próprio das organizações.[96] Assim, o fundamento da responsabilidade no direito penal individual é decorrente do domínio do fato propriamente dito, enquanto no direito penal empresarial, a responsabilidade seria decorrente do domínio da organização.[97]

Para tanto, como explica Gómez-Jara Díez, é preciso considerar que a execução é obra da pessoa física, enquanto tal, e, também, da pessoa jurídica, uma vez que é um de seus membros que executa. Assim, num mesmo fato se superpõem dois planos, o individual e o empresarial. A aplicação do princípio da autorresponsabilidade serviria como limite no interior de cada plano de responsabilidade, mas não entre os dois, o que significa que existiria um princípio de autorresponsabilidade individual, dirigido à pessoa física, concomitante a um princípio da autorresponsabilidade empresarial, dirigido à pessoa jurídica, os quais não se excluiriam.[98] O domínio da organização, segundo essa concepção, surge, então, como um conceito explicativo das relações entre a responsabilidade individual e a responsabilidade penal empresarial, segundo o qual a responsabilidade penal individual e a responsabilidade penal empresarial se localizam em dois planos distintos, mas com conexão entre si. Nesse contexto, o domínio da organização fundamentaria a existência de uma responsabilidade penal da empresa mesmo nos casos em que se afirma uma responsabilidade penal de um membro individual da empresa, o que serviria para justificar modelos de responsabilidade concorrente entre empresa e indivíduo.[99]

A aceitação dos argumentos de uma autoria mediata por meio de uma interpretação funcional-sistêmica de domínio da organização pressupõe a admissão prévia da controversa proposta de Jakobs de reelaboração normativa de todas as categorias dogmáticas, embora o próprio Jakobs rechace a existência de uma autoria mediata por domínio da organização. Na verdade, a reelaboração dogmática da teoria do delito de Jakobs é adstrita à tarefa de estabilização do sistema e imputação de acordo com exigências preventivas gerais, cuja aplicação é criticável por desconsiderar conceitos importantes, como bem jurídico e indivíduo, e permitir flexibilizações

96. HEINE, Günther. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. In: HURTADO POZO, José (coord.). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Anuario Derecho Penal 1996*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Penal, 1997. p. 42-44.

97. HEINE, Günther. Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als "zweite Spur". In: HEINER, Alwart (ed.). *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*. München: Hampp, 1998. p. 103-109.

98. GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. ¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 68. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 180-181.

99. Idem, p. 179.

das garantias do direito do acusado contra eventuais arbitrariedades. Além disso, sofre de uma carência de orientação político-criminal, já que o decisivo é a força de autoconservação do sistema.[100]

Por outro lado, a adoção de uma compreensão em sentido meramente normativo do domínio da vontade, em sua variante domínio da organização, e do princípio da autorresponsabilidade também em sentido normativo leva a um círculo argumentativo. A organização empresarial surge como um verdadeiro sujeito coletivo, em sentido semelhante ao que Lesch, também discípulo de Jakobs, dá à coautoria, quando afirma não existir um fato próprio de cada interveniente, mas apenas um fato a imputar a um coletivo.[101] Entretanto, ao se partir dessa perspectiva excessivamente normativa, a imputação do autor mediato perde o lastro que deveria ligar o domínio a dados da realidade fática e se torna mera ferramenta justificadora de atribuição de responsabilidade pelo poder de comando.

5. HIPÓTESE DE COAUTORIA?

Alguns autores, embora também não reconheçam na organização empresarial uma estrutura apta a imputar autoria mediata ao homem de trás, identificam elementos que se amoldariam à figura da coautoria. Isso com a justificativa de que quem realiza uma intervenção delitiva fora da execução, mas numa posição de controle e domínio, pratica atos de coautor, por se tratar de uma verdadeira realização comum do fato. Essa é a posição, por exemplo, de Longobardi, que a justifica a partir da concepção de coautoria de Jakobs.[102] Segundo Jakobs, para que exista coautoria é suficiente a decisão de ajustar-se à conduta do autor ou a mera coconfiguração do fato, sem a necessidade de que haja em todos os casos um acordo recíproco prévio entre os coautores.[103] Longobardi aproveita esse raciocínio e afirma que, nas hipóteses em que os principais sujeitos do delito são aqueles que não intervêm em sua execução, pois esta é realizada por escalões inferiores cuja atuação se dá de maneira dolosa, a solução mais adequada é a do domínio funcional próprio da coautoria, de modo que a autoria mediata deve ficar legada aos casos de coação ou erro do executor.[104]

100. SOUZA SANTOS, Humberto. *Coautoria em crime...* cit., p. 65-66.

101. LESCH, Heiko H. Op. cit., p. 84-85.

102. LONGOBARDI, Mariano. Autoría y dominio del hecho en los delitos socioeconómicos: criminalidad económica, Derecho Penal Económico y dogmática penal. *Revista de Derecho Penal e Proceso Penal*. Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2005. p. 765.

103. JAKOBS, Günther. *Derecho penal...* cit., p. 747.

104. LONGOBARDI, Mariano. Op. cit., p. 766.

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

Já Muñoz Conde defende a hipótese de coautoria com uma fundamentação próxima do argumento que Jescheck e Weigend utilizam para rejeitar a figura da autoria mediata por aparato de poder. Jescheck e Weigend afirmam que a autoria mediata somente pode ser considerada nos casos em que o executor não atua de maneira plenamente responsável, pois, nas hipóteses em que essa responsabilidade existe, o domínio da organização pelo homem de trás fundamenta, na verdade, sua posição de coautor.[105] Embora, ao contrário destes últimos, Muñoz Conde admita que, quando preenchidos os requisitos estabelecidos por Roxin, seja possível autoria mediata nos casos de aparato de poder,[106] no caso de delitos realizados no âmbito empresarial, defende a hipótese de coautoria com a justificativa de que, no âmbito de qualquer coletivo empresarial de certa importância, as atividades são realizadas por meio de um complexo organograma em que predominam a divisão de funções no plano horizontal e a relação hierárquica no plano vertical. Por isso, afirma que o centro de gravidade da responsabilidade por autoria exclusiva ou o último elo da cadeia não pode se localizar na fase de execução, o que deixaria na periferia ou mesmo impunes condutas não executoras que foram tão ou mais importantes do que aquelas que executaram o delito.[107]

Entretanto, Muñoz Conde considera que, como organizações empresariais não se caracterizam como aparato de poder não estatal à margem do direito, em relação aos delitos econômicos realizados em seu âmbito por meio de decisões tomadas em conselhos de administração ou pelos diretores dos mesmos, não se pode admitir um aparato de poder organizado e nem uma autoria mediata fundada em sua existência. O correto seria reconhecer uma autoria ou coautoria mediata, quando as decisões são realizadas por um executor irresponsável, ou uma hipótese normal de coautoria, quando o executor é responsável e não atua como um simples instrumento. Isso o leva a concluir que os sujeitos que, sem praticar ações executivas, mas com controle e domínio de grupo de pessoas, decidem a realização de um delito no âmbito empresarial, devem ser reputados coautores, pois as demais alternativas ou não se adaptam corretamente à natureza dessa espécie de intervenção delitiva ou relegam a importância delas a um lugar secundário que não concorda com o papel de destaque que exercem no seio das organizações.[108]

---

105. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 722.

106. MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿como imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*. n. 9. p. 65. Salamanca, 2002.

107. Idem, p. 75.

108. Idem, p. 83.

No entanto, também é problemática a opção por se aplicar a figura da coautoria a tais hipóteses. Gueiros Souza observa que o distanciamento espaço-temporal entre os intervenientes que se localizam em extremidades opostas de uma organização empresarial dificulta a adoção dessa modalidade de autoria.[109] Greco e Assis, por sua vez, constatam que, nos casos de estrutura vertical, o reconhecimento da coautoria encontra obstáculo na inexistência de um plano comum, pois falta uma decisão conjunta, e de uma contribuição relevante do superior hierárquico na fase de execução.[110]

6. HIPÓTESE DE PARTICIPAÇÃO?

A participação pode ser conceituada como uma agressão própria ao bem jurídico por meio de uma colaboração dolosa e sem autoria num fato típico e antijurídico praticado com dolo típico.[111] Qualquer hipótese de participação, seja na modalidade de instigação, seja na de cumplicidade, pressupõe, em primeiro lugar, o fato de um autor, que pode ser consumado ou apenas tentado.[112] Isso significa que uma participação sem um fato típico de autor, apesar de imaginável, não é reconhecida pelo direito penal. Assim, uma participação em suicídio não é punida como participação para a morte de outrem, já que o suicídio não é abrangido pelo tipo penal de homicídio. É impunível na Alemanha[113] e punida como autoria de um tipo penal próprio no Brasil, o art. 122 do CP.[114]

O fato de autor exigido para cada participação precisa ser típico e antijurídico, mas não culpável.[115] O princípio de que qualquer forma de participação pressupõe

109. GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 105. p. 71. São Paulo: Ed. RT, 2013.

110. GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. 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, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 97.

111. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 127.

112. LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras – Uma questão única de imputação objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 29.

113. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 128.

114. Código Penal brasileiro: "Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio. Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave".

115. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 128.

um fato de autor típico e antijurídico denomina-se "princípio da acessoriedade limitada". Essa relação de acessoriedade é considerada limitada porque não se estende à culpabilidade, mas somente à antijuridicidade do fato principal, o que torna possível uma participação também em fato sem culpabilidade.[116] Em regra, como visto no tópico referente ao domínio da vontade, a intervenção num fato sem culpabilidade fundamenta uma autoria mediata. Contudo, isso pode ser diferente de acordo com as circunstâncias do caso individual. Quem, por exemplo, não sabe da doença mental daquele que foi por ele exortado a praticar o crime, não pode ser considerado autor mediato, mas instigador.[117]

A participação pressupõe, além da tipicidade e da antijuridicidade do fato, também o dolo do autor. Isso porque, como o dolo é classificado como a parte subjetiva do tipo penal, exige-se que um fato típico do autor deva ser também doloso. A ausência de dolo do autor em geral torna o homem de trás autor mediato, o que descaracteriza uma punição por participação. Por outro lado, também a colaboração do partícipe no fato do autor deve ser dolosa no sentido de (co)causar esse fato nos planos objetivo e subjetivo. A provocação dolosa de um resultado típico consumado ou tentado, entretanto, não basta para uma participação punível, pois é necessário, ainda, que se configure como um ataque autônomo ao bem jurídico. Tal exigência de um ataque autônomo ao bem jurídico é o mais contestado entre os elementos da participação, mas se esclarece por meio dos princípios gerais da imputação, segundo os quais um resultado somente pode ser imputável se for decorrente da criação de um risco não permitido. Nesse sentido, como o partícipe deve agir com dolo, a criação dolosa de um risco não permitido se apresenta como o ataque autônomo ao bem jurídico exigido para uma participação punível.[118]

É possível também afirmar que a participação é um conceito secundário, já que pressupõe que a intervenção não ocorre na forma de uma espécie de autoria.[119] Como, por um lado, o coautor colabora com o fato e, por outro, o autor mediato, ao menos em muitos casos, envolve-se numa realização do tipo dolosa e antijurídica de um autor, é preciso, para que alguém seja considerado partícipe, sempre constatar, em primeiro lugar, se o conceito "primário" da autoria não é aplicável à intervenção em análise, antes de qualificá-la como participação.[120] Contudo, a con-

116. HAFT, Fritjof. Op. cit., p. 211.

117. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 128.

118. Idem, p. 129-130.

119. STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. 5. Auflage. Köln, Berlin, München: Carl Heymanns Verlag, 2004. p. 297 e seguintes.

120. KÜHL, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2008. p. 701 e seguintes.

clusão de que a participação é um conceito secundário não permite a afirmativa de que qualquer intervenção que não seja autoria será participação, pois pode também não ser punível diante da ausência de fato principal doloso ou de um ataque autônomo ao bem jurídico. O correto, portanto, é considerar a participação um conceito secundário, mas não um conceito dependente.[121] Tais são, em síntese, as características da participação.[122]

O reconhecimento de participação do homem de trás nos casos de delitos comissivos praticados com estrutura vertical no âmbito empresarial é a solução preferida do próprio Roxin, segundo o qual se, numa grande empresa moderna participante da vida econômica dentro do ordenamento jurídico, um chefe de departamento exorta um empregado a praticar uma falsidade documental, é apenas instigador do delito praticado na qualidade de autor pelo empregado, ainda que este empregado seja fungível. Isso porque, de uma organização que trabalha no marco da legalidade, deve se esperar que não sejam obedecidas as ordens antijurídicas, como prescreve, por exemplo, a legislação trabalhista.[123]

Também é a solução defendida por Greco e Assis, que afirmam que a mera detenção de um alto posto em uma estrutura hierárquica não é suficiente para conferir domínio do fato ou tornar um sujeito autor do realizado pelos inferiores. Isso porque, o que importa ao direito penal, em primeiro lugar, é o comportamento do sujeito, não a sua posição, o que significa que, na maioria das hipóteses, a emissão de uma ordem fundamenta apenas participação, por instigação, e não autoria. Como o tipo não é realizado de mão própria, o empresário que emite uma ordem não pode ser considerado autor direto. Assim, defendem que a existência da coautoria somente será verificada excepcionalmente, pois, em geral, a distância entre quem decide e

121. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 130.

122. No âmbito da teoria da participação ainda é discutido o particular problema das ações neutras, ou seja, de contribuições não manifestamente puníveis praticadas por meio de comportamentos cotidianos. Roxin defende que esses casos devem ser punidos se existir um "sentido delitivo" na conduta. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner...* cit., Band II, 2003, p. 208. Otto sustenta a punibilidade nas hipóteses em que o sujeito sabe que sua conduta aumenta o perigo para um bem jurídico penalmente protegido. OTTO, Harro. Op. cit., p. 336. Entre os brasileiros, já se manifestaram a respeito Greco, que defende a punibilidade quando a não prática da ação proibida representar uma melhora relevante na situação do bem jurídico concreto. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras – A imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 142-143. Lobato, quando a contribuição constituir um abuso de direito. LOBATO, José Danilo Tavares. Op. cit., p. 99-119. Rassi, nas hipóteses em que a conduta significar uma violação ao dever de solidariedade. RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 145-151.

123. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio...* cit., p. 729.

quem executa torna impossível que se apresentem o plano comum e a contribuição relevante na fase de execução. E, por outro lado, sem que ocorra erro ou coação do executor, não é possível se tratar de autoria mediata. Além disso, sustentam que tampouco a autoria mediata por meio do domínio da organização pode ser aplicada a estruturas empresariais, já que estas não constituem organizações dissociadas do direito, um requisito que, por sua vez, decorre do próprio fundamento desta modalidade de autoria mediata, que é a fungibilidade de executores.[124]

Contudo, embora efetivamente não se trate de coautoria ou de autoria mediata por meio de aparatos de poder, ou seja, fundada no domínio da organização, devido à ausência dos requisitos dessas figuras, não parece perfeito admitir a ocorrência de mera participação, bem como a inexistência de domínio do fato, em todas as hipóteses em que o homem da frente não atua sob coação ou em erro. O domínio do fato, como se esclarece no tópico 7, *infra*, deve ser entendido mais num sentido fático do que normativo e, por isso, pode ser verificado mesmos nos casos em que o homem da frente atua de maneira plenamente responsável. Nesse sentido fático, é possível observar a existência de duas características que indicam o domínio do fato como domínio da vontade: 1. a instrumentalização do homem da frente, que permite ao homem de trás dominar o acontecimento e se servir do homem da frente para atingir seu objetivo;[125] e 2. a garantia da realização do fato, que, no caso do domínio da organização, é conferida pela fungibilidade dos executores.[126] Contudo, esta garantia da realização do fato não significa segurança absoluta da produção do resultado, uma vez que sempre é possível que o fato se interrompa na tentativa.[127] Por isso, deve ser interpretada como a garantia de fatores eficientes para a realização do fato,[128] pois dificilmente se pode ter certeza absoluta da ocorrência do resultado, ainda que sejam empregados meios eficientes para que este se concretize.

No âmbito empresarial, embora não seja possível falar em aparato de poder desvinculado do direito e nem, propriamente, numa fungibilidade de executores, é possível que, devido a determinados fatores, ocorra domínio do fato numa circunstância em que o homem da frente se encontra numa condição de instrumento de

124. GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. Op. cit., p. 107-108.

125. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner*... cit., Band II, 2003, p. 22.

126. Idem, p. 47.

127. Idem, p. 50.

128. O que demonstra, mais uma vez, a íntima relação entre domínio do fato e dolo. Veja-se o conceito de dolo como criação consciente de um risco eficiente para o resultado em SOUZA SANTOS, Humberto. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 97. p. 110-112. São Paulo: Ed. RT, 2012.

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

um homem de trás, que domina o acontecimento, em sentido fático. Tais fatores, contudo, não se confundem com a presença dos requisitos relativos às figuras da coautoria ou da autoria mediata por domínio da organização. Por outro lado, expressam uma modalidade de domínio da vontade, sem, contudo, caracterizar coação ou erro. Assim, chega-se, aqui, à conclusão de que devem referir a uma nova modalidade de autoria, ainda não consolidada.

7. HIPÓTESE DE NOVA MODALIDADE DE AUTORIA: INSTIGAÇÃO-AUTORIA?

A instigação-autoria é um conceito resultante da interpretação que Figueiredo Dias dá à instigação como uma figura no mesmo patamar das tradicionais formas de autoria, por considerá-la também detentora de domínio do fato.[129] O suporte legal de sua opinião é a redação do art. 26.º do CP português, que afirma em seu texto que é punível como autor quem dolosamente determina outro sujeito ao cometimento do delito.[130] No entanto, não é apenas o texto da lei o que orienta sua posição. Figueiredo Dias entende a instigação como algo mais do que a mera participação, por vislumbrar no instigador um verdadeiro senhor do fato, uma vez que cria no homem da frente a decisão da realização típica. Por isso, afirma que o instigador detém o domínio do fato tanto quanto ou, em muitos casos, até mais do que o autor mediato ou o coautor. Isso sob a forma de um domínio da decisão que o torna verdadeiro senhor, dono ou dominador da decisão do instigado de cometer o ato ilícito. Tal determinação integra, antecipadamente, todos os elementos constitutivos do ilícito e, por conseguinte, o conteúdo material de ilícito.[131]

Assim, ainda que o ilícito seja obra pessoal do homem da frente, o acontecimento surge, para Figueiredo Dias, como obra do instigador. Isso caracteriza o fato como uma correalização de um ilícito, não como uma mera participação externa no ilícito de outrem. E, para tanto, é suficiente que a decisão pelo fato concreto seja criada ou produzida pelo instigador, pois apenas quem já está determinado à realização de um fato concreto, o denominado *omnimodo factorus*, pode ser suscetível de ser instigado. Todavia, esse conceito não abrange os casos de mero incentivo, aconselhamento, sugestão, reforço de propósito e todos os casos em que o homem de trás, apesar de exercer influência na motivação do homem da frente, não o de-

129. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 799.

130. Código Penal de Portugal: "Art. 26.º Autoria. É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução".

131. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 799-800.

termina realmente à realização do tipo, que são hipóteses que Figueiredo Dias considera cumplicidade ou indução.[132]

O domínio do fato na instigação, sob a forma do domínio da decisão, possui, ainda, de acordo com Figueiredo Dias, a característica da sucessividade. Isso porque, uma vez determinado o instigado, este também passa a exercer o domínio do fato sem que o instigador o tenha perdido. Assim, da mesma maneira que ocorre na autoria mediata, não é preciso que exista na instigação uma colaboração objetiva e fática do homem de trás na execução. Por isso, tanto o instrumento quanto o instigado podem, independentemente do grau de dependência subjetiva ou psicológica em relação ao homem de trás, não realizar a execução sem que isso signifique negar o domínio do fato exercido por ele.[133]

A concepção da instigação-autoria é vista por Aires de Sousa como uma figura que pode exercer um papel relevante no âmbito das intervenções delitivas no contexto empresarial, por solucionar o *déficit* de punição no plano dos quadros dirigentes. Nesses planos, existiria uma ostensiva carência de punição, especialmente nas empresas de pequena dimensão, em que a direção toma decisões concretas comunicadas diretamente ao respectivo departamento responsável pela execução do delito. Em tais casos, Aires de Sousa entende que o dirigente deve ser punido como autor sempre que possuir o domínio do fato por meio do domínio da decisão do homem da frente, de acordo com os requisitos desenvolvidos por Figueiredo Dias. O fundamento está em que a opção pela prática do delito não teria ocorrido sem a atuação do homem de trás, que pode colocar-lhe um fim caso assim entenda. Por outro lado, a ausência desse domínio transformaria o dirigente empresarial em somente um indutor.[134]

Esse entendimento leva Aires de Sousa a concluir que a instigação-autoria pode exercer um papel importante e adequado nas hipóteses em que o dirigente determina o seu subordinado à prática do delito, isto é, nos casos de coparticipação de dirigentes a um nível vertical, no âmbito das relações hierárquicas próprias da estrutura empresarial. A figura da instigação-autoria captaria o desvalor da conduta e ajustar-se-ia ao significado real da contribuição do homem, embora sejam as circunstâncias particulares de cada caso que determinam ou não a ocorrência de um domínio do fato do homem de trás. Por isso, Aires de Sousa entende que, também

132. Idem, p. 800.

133. Idem, p. 816.

134. SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires (coord.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009. vol. 2. p. 1020.

no âmbito empresarial, é possível surgir distintas formas de domínio do fato criminoso por quem ocupa uma posição hierárquica superior. Assim, existirá autoria mediata se quem recebe a ordem atua em erro, por ter recebido, por exemplo, informações falsas, ou é coagido. Se atua responsavelmente, mas determinado por seu superior hierárquico, será hipótese de instigação-autoria. Se a decisão e a execução do delito são conjuntas, será caso de coautoria. Caso ocorram atuações delitivas autônomas, estar-se-á diante de circunstâncias de autoria paralela.[135]

Entretanto, essa construção não parece convincente, pois não é possível vislumbrar um domínio, ao menos em sentido fático, do instigador em relação ao homem da frente. Não há, ao contrário do que sustenta Figueiredo Dias, elemento que fundamente um domínio do instigador sobre a decisão do instigado. A liberdade de escolha do instigado pela não prática do delito não é limitada a ponto de torná-lo instrumento, como ocorre quando sofre uma pressão psíquica exercida por consequências negativas decorrentes de uma eventual decisão de não praticar o delito, nos casos de coação ou dependência estrutural econômico-profissional (nos termos que se propõe adiante); quando é iludido por uma falsa noção da realidade que lhe coloca num contexto ilusório, no caso de erro; ou quando é peça fungível de um aparato organizado de poder alheio ao direito. O mero poder de convencimento do homem de trás, por maior que se apresente, não tem a capacidade de instrumentalizar o homem da frente e, sem instrumentalização, não há domínio da vontade.

Por isso, a denominada autoria-instigação somente pode adquirir validade no âmbito de um ordenamento jurídico que conheça disposição semelhante ao art. 26.º do CP de Portugal.[136] Ausente um verdadeiro domínio, interpretado de maneira mais fática do que normativa, apenas por determinação legal é possível reconhecer na instigação uma figura equiparável à autoria, o que torna sem sentido a discussão teórica de seus requisitos se existe um texto positivado que impõe obediência.

8. UMA QUINTA MODALIDADE DE AUTORIA MEDIATA: O DOMÍNIO DA VONTADE FUNDADO NA DEPENDÊNCIA ESTRUTURAL ECONÔMICO-PROFISSIONAL

O delito praticado no âmbito empresarial, por envolver uma organização de pessoas caracterizada pela divisão de trabalho, normalmente produz uma cisão entre responsabilidade e ação que faz com que a lesão ao bem jurídico possa ser rea-

135. Idem, p. 1020-1021.

136. No sentido de que a instigação-autoria é, em verdade, extraída da redação do art. 26.º do CP Português: GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. Op. cit., p. 69.

lizada por uma pessoa física que ou não é a verdadeira responsável por sua determinação ou, ao menos, não tem sua exclusiva responsabilidade.[137] O problema se torna ainda mais complexo à medida que se observa que, nas complexas grandes organizações empresariais da atualidade, a divisão de trabalho leva, na verdade, à diferenciação funcional e à descentralização dos processos de ação e decisão em que o poder inicial de sua diretoria se transforma num poder de intermediação que dilui o domínio da ação empresarial numa função de coordenação, a qual, por sua vez, em conjunto com a descentralização de conhecimentos e especialidades que acontece ao mesmo tempo, pode acabar por conduzir a uma, nas palavras de Schünemann, "irresponsabilidade organizada".[138]

Os problemas de imputação são de tamanha grandeza que atingem delitos comissivos, omissivos, dolosos e culposos, nos planos horizontal e vertical. No entanto, como o presente trabalho pretende se ocupar apenas da questão da autoria do homem de trás em delitos comissivos dolosos no plano vertical,[139] sua análise está restrita a verificar se existe realmente domínio do fato em tais hipóteses ou se, no sentido do defendido por muitos, ocorre somente mera participação. É evidente que, considerando os requisitos da autoria e participação expostos ao longo do texto, nos casos em que há um plano comum, uma execução comum e uma contribuição relevante na fase de execução, há coautoria entre os intervenientes que executam o delito com as próprias mãos e aqueles que o fazem na condição de homens de trás. Já nas hipóteses em que o homem de trás coage ou mantém em erro o homem da frente não há dúvida em se reconhecer a autoria mediata. Por outro lado, como acima já se concluiu que não é viável a mera transferência aos delitos empresariais dos requisitos da autoria mediata por aparatos de poder, a solução restante seria a da participação.

Entretanto, não é correto afirmar que, em tais casos, nunca estarão presentes a instrumentalização do homem da frente pelo homem de trás e o exercício, pelo homem de trás, do controle dos fatores eficientes para a produção do resultado. Ao contrário, tais características comuns aos casos de autoria mediata, que revelam o

137. SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal*. Madrid: Complutense, 1988. p. 531.

138. SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales*. Madrid, 2002. vol. LV, p. 16.

139. Uma solução para os casos de decisões colegiadas em plano horizontal, ao menos em relação a delitos culposos, foi desenvolvida, a partir da aplicação dos requisitos da coautoria culposa ali propostos, em: SOUZA SANTOS, Humberto. *Coautoria em crime...* cit., p. 131 e seguintes.

domínio da vontade, ocorrem com frequência no âmbito de organizações empresariais, embora não se confundam com as três modalidades mais difundidas. Isso decorre da própria natureza de tais organizações, ainda que não esteja necessariamente restrito a elas, e pode levar à geração de relações de dependência estrutural de características econômicas e profissionais. Dependência estrutural que não se equivale a uma mera relação de dependência econômico-profissional, naturalmente existente, em maior ou menor grau, nas organizações empresariais, mas aquela que atinge um nível estrutural, capaz de tornar o executor um instrumento e o emissor da ordem um verdadeiro senhor de sua vontade.

8.1 Relação de dependência estrutural econômico-profissional

O grande equívoco das discussões a respeito da autoria mediata no âmbito empresarial é a insistência em vislumbrar sua possibilidade a partir de uma mera transferência dos requisitos do domínio da organização por meio de aparatos de poder. Trata-se de uma transposição controvertida a organizações empresariais lícitas de um raciocínio destinado a incidir sobre estruturas hierárquicas desvinculadas do direito, típicas de Estados totalitários, organizações terroristas ou mafiosas. Com efeito, não parece viável que um eventual domínio do fato existente entre membros de uma empresa esteja fundado numa hierarquia vertical rígida, com subalternos fungíveis e atividade afastada do ordenamento jurídico. Na verdade, o surgimento de uma espécie de domínio do fato no âmbito empresarial distinta das situações de erro e de coação apenas pode ser decorrente das próprias relações que se estabelecem em tais estruturas e da característica econômico-profissional dessas relações.

Os requisitos que levam à existência de domínio do fato com fundamento numa relação de dependência estrutural econômico-profissional, que serão adiante estudados, são passíveis de ser encontrados em qualquer organização que produza relações desta natureza. Não é necessário que a organização se enquadre nos estritos critérios formais previstos pelo ordenamento jurídico para definir uma pessoa jurídica que exerce atividade empresarial, basta que em seu âmbito sejam originadas relações de dependência que envolvam características econômicas e profissionais, cuja intensidade confira a tal dependência a qualidade de estrutural. Entretanto, não há dúvida de que tais espécies de relações são, em geral, mais facilmente observadas no seio das organizações empresariais, pois o objetivo do estabelecimento de qualquer organização empresarial, ao menos no sistema capitalista, é a satisfação econômica e profissional de seus membros, que se tornam, nesse campo, dependentes de sua existência e do sucesso de suas atividades. Essa relação de dependência pode se apresentar de maneira variável sobre cada membro, a depender menos da posição hierárquica ocupada, embora ela possa servir de indício na avaliação de

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

seu grau, e mais da efetiva intensidade da dependência verificada na realidade. Quanto maior o grau de dependência econômico-profissional, maior será a pressão psíquica sofrida pelo membro da empresa no sentido da prática do delito, o que lhe dá uma característica mais próxima da coação do que do aparato de poder.

Contudo, apesar de também manifestar pressão psíquica sobre o homem da frente, a dependência estrutural econômico-profissional não se confunde com a coação, pois não preenche as exigências desta figura e nem coloca o autor em situação justificante, nos termos do exposto no tópico 2.3.1 do presente estudo. No âmbito desta quinta categoria de autoria mediata que aqui se sustenta, o homem da frente, mesmo nas hipóteses em que se torna um instrumento, permanece plenamente responsável, ao contrário do coagido. Embora sua dependência econômico-profissional tenha atingido um grau suficiente para ser considerada estrutural, ainda não justifica uma excludente de antijuridicidade capaz de lhe eximir da responsabilidade pela prática do delito, do qual será autor imediato. E uma dependência estrutural econômico-profissional, que forneça ao homem de trás o domínio do fato e instrumentalize o homem da frente, apenas existe diante da ocorrência, em conjunto, de três requisitos essenciais, representados *ex ante* tanto pelo autor mediato quanto pelo autor imediato.

8.1.1 Perda da função pode causar relevante prejuízo econômico e profissional ao homem da frente

O primeiro requisito é o relevante prejuízo nas esferas econômica e profissional que tanto o homem da frente quanto o homem de trás, sob uma perspectiva *ex ante*, representam que o homem da frente possa sofrer caso se negue a praticar o delito. Por relevante prejuízo deve ser compreendido não um prejuízo qualquer, cuja ocorrência poderia ser suportada ou superada pelo homem da frente sem grandes traumas, seja porque já detentor de patrimônio ou fontes de renda suficientes para lhe proporcionar razoável segurança financeira em caso de afastamento da organização empresarial, seja porque tal afastamento não abalaria com relevância sua credibilidade no mercado de trabalho, de modo a manter sua reputação profissional em patamar não diminuído significativamente.

A impossibilidade deste relevante prejuízo econômico e profissional surge, então, como um dado idôneo a reforçar no homem da frente a alternativa da desobediência à ordem emitida. Isso porque, ainda que tal opção resultasse em seu desligamento da empresa, as circunstâncias desfavoráveis de uma situação de desemprego seriam abrandadas devido à segurança financeira e credibilidade profissional que lhe restariam. Por outro lado, o previsível relevante prejuízo econômico e profissional que lhe seria acarretado no caso de uma decisão contrária à determinação do homem de trás se manifesta como um primeiro elemento da pressão psíquica

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

que lhe coloca numa posição de instrumento, pois aprofunda de maneira significativa o estado de consequências negativas que seria decorrente de sua eventual não sujeição e limita sua liberdade de comportamento. No entanto, embora possa ser considerado um primeiro elemento do processo de instrumentalização do homem da frente, o relevante prejuízo econômico e profissional que lhe seria suportado em virtude da perda da função não basta, por si só, para justificar o domínio de sua vontade. Ainda que, isoladamente, possa constituir a existência de uma situação negativa relevante, é possível que adquira caráter transitório, superado à medida que recomposto o prejuízo econômico e retomada a reputação profissional.

Por outro lado, a consciência do homem de trás de que um relevante prejuízo econômico e profissional pode ser acarretado ao homem da frente lhe dá a certeza de que dispõe de fatores que se aproximam de uma eficiência para a produção do resultado. E tal cenário, se ainda não configura um verdadeiro domínio da vontade, pois a perspectiva do homem da frente de se tratar de um prejuízo, embora relevante, transitório e superável não pode assegurar ao homem de trás que a ordem emitida será cumprida, é um primeiro elemento fundamental nesse sentido. Além disso, é também uma primeira demonstração de que a relação de dependência econômico-profissional entre o homem da frente e a organização empresarial se caracteriza pelo desequilíbrio, que impõe ao sujeito o sofrimento de um prejuízo econômico-profissional significativo, ainda que passível de recuperação futura.

Portanto, isoladamente, o prejuízo econômico-profissional relevante não determina uma pressão psíquica com intensidade necessária a fundamentar o controle do comportamento do homem da frente pelo homem de trás. Sua possibilidade, ainda que grande, não fornece, por si só, ao homem de trás, um controle sobre fatores eficientes para a produção do resultado, embora se manifeste como um primeiro ponto de desequilíbrio. O estabelecimento de uma situação capaz de se estruturar no formato de um domínio da vontade fundamentador de uma autoria mediata, requer, ainda, a presença de requisitos adicionais.

8.1.2 O homem da frente dificilmente será absorvido pelo mercado em função de nível equivalente à exercida na organização econômico-profissional

O segundo requisito que se propõe é a dificuldade, representada *ex ante* tanto pelo homem da frente quanto pelo homem de trás, de o homem da frente ser absorvido pelo mercado em função de nível equivalente à exercida na organização econômico-profissional. Esse dado busca suprir a necessidade de uma durabilidade das consequências negativas impostas pelo relevante prejuízo econômico e profissional, para excluir os casos em que a pressão psíquica apresenta tolerabilidade temporal previsível, como um prejuízo transitório superável em razão da fácil absorção do sujeito pelo mercado numa função de mesma importância ou, com me-

lhor sorte, ainda superior. Ausente essa dificuldade de absorção pelo mercado, o homem de frente teria, em favor de sua decisão de não obedecer ao homem de trás, a expectativa de assumir um novo cargo de nível equivalente em outra organização empresarial, o que não daria ao seu prejuízo econômico e profissional, ainda que relevante, a capacidade de limitar sua liberdade em grau suficiente para que se deixe instrumentalizar para a prática do crime.

A consciência do homem da frente de que dificilmente encontrará no mercado um novo posto cuja função esteja à altura daquela que perderá com o desligamento, independente do motivo, restringe sua liberdade de comportamento por meio de mais um componente de constrangimento que o aproxima da condição de ter sua vontade dominada. Nesse ponto, o indivíduo não pode mais contar com a transitoriedade previsível da situação negativa. A pressão psíquica que lhe é exercida assume, então, uma feição de gravidade mais consistente, em que o mal a ser aguardado já não se manifesta como um problema naturalmente superável, cuja solução seria uma mera questão de paciência.

Ao mesmo tempo, não há dúvida de que isso justifica, no homem de trás, uma maior segurança de que o resultado será produzido nos termos da ordem emitida. O homem de trás, consciente da possibilidade de que o homem da frente, após o desligamento da empresa, além de sofrer um relevante prejuízo econômico e profissional, dificilmente será absorvido pelo mercado numa posição de nível semelhante à exercida, de modo a tornar mais dura a superação deste prejuízo, tem, diante de si, um âmbito maior de manipulação de fatores eficientes que levem à produção do resultado. Da mesma maneira, é possível observar que a possibilidade de ocorrência dessa espécie de dificuldade, em conjunto com o prejuízo relevante, aprofunda o desequilíbrio da relação de dependência econômico-profissional do homem da frente em favor da empresa.

Entretanto, a presença desses dois requisitos ainda não basta para configuração de um domínio da vontade. Embora as possibilidades concomitantes de prejuízo relevante econômico-profissional e de dificuldade de absorção do homem da frente pelo mercado em função de mesmo nível aprofunde a relação de dependência, ainda é necessária a ocorrência de um terceiro requisito, exposto a seguir.

8.1.3 O desligamento do homem da frente é incapaz de ocasionar relevante prejuízo financeiro ou técnico à organização econômico-profissional

O terceiro requisito, que somado aos dois anteriores caracteriza o domínio do fato em delitos comissivos praticados nos âmbitos empresariais envolvendo relações verticais, é a representação *ex ante*, tanto pelo homem da frente quanto pelo homem de trás, de que o desligamento do homem da frente é incapaz de gerar um relevante prejuízo financeiro ou técnico à organização. Como afirmado, uma de-

pendência estrutural econômico-profissional entre um funcionário e uma organização empresarial não se revela diante de qualquer relação de subordinação. Ela surge quando, para além das características normais de um vínculo de proveito econômico e exercício de atividade profissional, o funcionário se situa numa posição de importância discrepante e inversamente proporcional entre a salvaguarda econômica e profissional que recebe da empresa e a necessidade desta de mantê-lo como profissional de seus quadros. Isso porque o desligamento de determinados funcionários, sejam os mais talentosos, experientes, especializados, famosos, independente do motivo, pode acarretar um rebaixamento financeiro ou técnico cujo prejuízo não compensaria seu afastamento. É certo que quem dispõe de tal prestígio no âmbito da organização em que exerce suas atividades, possui, por consequência, uma forte arma contra a limitação de sua liberdade de escolha, já que a organização empresarial pagará com o seu próprio sacrifício a imposição do afastamento decorrente da negativa do homem da frente em obedecer a ordem de praticar o delito. Contudo, em sentido contrário, se o desligamento do funcionário é incapaz de causar à empresa um prejuízo relevante de tal natureza, esta situação, aliada aos demais requisitos acima descritos, ocasiona uma relação de dependência estrutural econômico-profissional suficiente para justificar a instrumentalização do homem da frente e seu domínio da vontade pelo homem de trás.

Com efeito, nesse panorama de dependência estrutural econômico-profissional, o homem da frente se submete à intensa pressão psíquica, que orienta o processo de instrumentalização de sua vontade pelo homem de trás. Se o homem da frente representa *ex ante* que deverá suportar um prejuízo econômico e profissional relevante, que terá dificuldade no mercado de assumir uma função de nível equivalente à que exerce e que a organização empresarial não sofrerá nenhum prejuízo técnico ou financeiro com o seu desligamento, apesar de não perder a responsabilidade penal, não dispõe de qualquer elemento racional significativo que lhe permita acreditar na superação dos prejuízos econômico-profissionais derivados do não cometimento do crime ou em sua manutenção no cargo que exerce na empresa apesar da desobediência. Ao contrário, diante da possibilidade de enfrentar tais graves consequências econômico-profissionais e destituído de circunstâncias capazes de evitá-las, é racionalmente concebível que assuma a posição de instrumento e deixe, no plano fático, sua vontade ser dominada pelo homem de trás.

Sob a perspectiva do homem de trás, a representação *ex ante* da cumulação desses três requisitos justifica a segurança de que domina fatores eficientes para a produção do resultado. Isso porque atua consciente da possibilidade concreta de obediência às suas instruções diante da relação inversamente proporcional entre a necessidade do homem da frente de evitar o possível e grave prejuízo econômico-profissional e a necessidade da empresa de mantê-lo no exercício de sua atividade. No entanto, isso não significa a certeza de que o resultado ocorrerá, pois tanto o

Santos, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

homem da frente pode decidir enfrentar as consequências negativas de sua desobediência, o que é possível mesmo na tradicional autoria mediata por meio de coação, pois o coagido, por exemplo, pode escolher morrer a praticar o crime, quanto o fato pode permanecer na esfera da tentativa, em razão de acontecimentos externos.

Por outro lado, esse requisito não se confunde com a fungibilidade imaginada por Roxin em relação aos aparatos de poder. No formato atual de organização de empresas, com direitos trabalhistas desenvolvidos, é impossível uma fungibilidade nos moldes da substitutividade automática. Não é possível afirmar que, numa era em que a aprovação para um posto de trabalho exige qualificações cada vez mais especiais e cursos de especialização são financiados pelas próprias organizações aos seus membros, existam funcionários prescindíveis e substituíveis com perfeição.[140] Por isso, a exigência se satisfaz não com a fungibilidade do homem da frente, mas com a ausência de relevante prejuízo financeiro e técnico da empresa no caso de seu desligamento, cujo cargo, por sua vez, sequer precisa ser ocupado por outra pessoa e pode, inclusive, ser extinto.

8.2 Domínio da vontade fundado na dependência estrutural econômico-profissional e o princípio da autorresponsabilidade

O argumento mais forte contra o reconhecimento de modalidades de autoria mediata, nos casos em que o homem da frente atua de maneira responsável e pode ser tão punível quanto o homem de trás, é o denominado princípio da autorresponsabilidade. Como afirma Otto, um de seus defensores, segundo este princípio cada pessoa somente é responsável por seu próprio comportamento e não pelo comportamento de outro atuante livre e responsável.[141] Assim, se o homem da frente age de forma plenamente responsável, o homem de trás não pode ser mais do que partícipe e deve ser responsabilizado conforme o determinado pelas regras da participação.[142] Tal argumento leva à conclusão de que, como a possibilidade de determinado resultado ser imputado a alguém como obra sua pressupõe a validade do princípio da autorresponsabilidade,[143] é impossível admitir figuras como a do domínio do fato por aparatos de poder e aquela aqui proposta, o domínio do fato por dependência estrutural econômico-profissional.

---

140. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Op. cit., p. 172.

141. OTTO, Harro. Op. cit., p. 64.

142. GRECO, Luís. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. 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, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 151.

143. OTTO, Harro. Op. cit., p. 64.

Contudo, o princípio da autorresponsabilidade é geralmente posto em discussão sem que sua abrangência seja suficientemente esclarecida. Em primeiro lugar, o princípio da autorresponsabilidade não pode ser entendido como um princípio geral de direito, pois, num plano mais abstrato, significa, somente, que cada indivíduo é responsável por suas próprias ações e, num mais concreto, a vedação de se atribuir uma conduta a determinado autor nos casos em que possa ser atribuída preferencialmente a outro indivíduo plenamente responsável. Por isso, não apresenta nenhum fundamento sólido para se proibir a atribuição a um sujeito responsável de uma conduta livremente praticada por outro sujeito responsável, desde que em relação a este último seja mantida intacta a imputação que lhe é cabível. Tampouco é possível entendê-lo como um princípio válido apenas para os delitos de domínio, porque, nos casos de coautoria, ocorre a denominada imputação recíproca, que nada mais é do que uma forma de se também atribuir a um indivíduo uma conduta livremente praticada por outro indivíduo responsável.[144]

Contudo, o princípio da autorresponsabilidade poderia ser interpretado como uma barreira específica em relação à autoria mediata, no sentido de um filtro que impeça considerar autoria nos casos em que quem pratica o crime com as próprias mãos age livre e de maneira plenamente responsável. Este raciocínio busca tirar seu argumento da própria ideia de domínio da vontade, a partir da conclusão de que somente seria possível dominar a vontade de um indivíduo nos casos em que ele mesmo não fosse capaz de se dominar, o que tornaria impossível a existência de um autor por trás de outro autor responsável em sua plenitude.[145] Nesse sentido, por exemplo, Jescheck e Weigend sustentam que a possibilidade de se verificar autoria mediata se encerra quando o instrumento é um autor plenamente responsável[146] e Jakobs é taxativo ao afirmar que a autoria mediata não é possível na atuação plenamente delitiva, dolosa e culpável, do executor.[147]

No entanto, esses argumentos perdem consistência à medida que o conceito de domínio da vontade é interpretado de maneira mais fática do que normativa, ou seja, a partir da compreensão de domínio como poder ou controle de fato sobre a concretização do tipo penal. Ao se entender o domínio da vontade nesse sentido, deve-se reconhecer que quem age por meio de uma organização exerce um controle mais intenso sobre o acontecimento do que aquele exercido por partícipes e mesmo superior ao da maior parte dos autores. Além disso, esse domínio fático do acontecimento não se limita a algo presente apenas nos casos em que o homem da

144. FREUND, Georg. Op. cit., p. 398. Com mais detalhes: GRECO, Luís. Domínio da organização... cit., p. 206-209.

145. GRECO, Luís. Domínio da organização... cit., p. 209 e seguintes.

146. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 715.

147. JAKOBS, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 763.

frente atua sob coação ou em erro, mas é também passível de existir em outros contextos.[148] E dentre esses contextos se encontram as organizações de aparato de poder ou aquelas que geram relações de dependência estrutural econômico-profissional, conforme os requisitos aqui propostos.

A interpretação do domínio da vontade nesse sentido fático, como acertadamente constata Greco, reduz, assim, o princípio da autorresponsabilidade a, no máximo, um critério para que se afirme que é mais fácil vislumbrar a autoria mediata nos casos em que o homem da frente atua de maneira não responsável. Todavia, isso não quer dizer que todas as hipóteses de autoria mediata estejam necessariamente restringidas à atuação não responsável do homem da frente. Ao contrário, entendido o domínio da vontade como um dado fático, um controle verificável no plano da realidade, impossível legar a tal pretendido princípio a tarefa de limitar os casos em que o homem de trás merece ser imputado pela conduta do homem da frente.[149]

9. ANÁLISE DA MENÇÃO À TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO JULGAMENTO DA APN 470, DO STF

O julgamento que tornou a teoria domínio do fato conhecida do grande público brasileiro encerrou um processo inaugurado no STF em 30.03.2006, registrado como APN 470 e conhecido como "Caso Mensalão". À época, 40 pessoas foram acusadas criminalmente por um mecanismo de compra de votos de parlamentares, que teria culminado na prática dos delitos de formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva, gestão fraudulenta e evasão de divisas. O mecanismo foi descrito na denúncia do Procurador-Geral da República como um esquema que se dividia em três núcleos principais: (a) um político, que seria chefiado por um ex-ministro da Casa Civil da Presidência da República e integrado por três dirigentes do partido político que comandava o Governo Federal; (b) um operacional, composto por diretores e funcionários de agências de publicidade que mantinham contratos com o Governo Federal; e (c) um financeiro, integrado por diretores e funcionários de uma instituição financeira que teria mantido contratos de empréstimos fraudulentos com o partido político e a as agências de publicidade integrantes, respectivamente, dos núcleos político e operacional, com o fim de repassar valores que serviriam à compra de apoio político ao Governo Federal no Congresso.[150] Ao final, 25 dos 40 acusados originais foram condenados, por diferentes crimes e a penas distintas.[151]

148. GRECO, Luís. Domínio da organização... cit., p. 209.

149. Idem, p. 214.

150. STF, APN 470, denúncia do Procurador-Geral da República recebida entre 16 e 20.08.2007.

151. STF, APN 470, acórdão publicado em 22.04.2013.

Durante o longo julgamento, ocorrido entre 02.08 e 17.12.2012, em 53 sessões, a teoria do domínio do fato chegou a ser mencionada tanto em sua modalidade domínio funcional do fato, fundamento da coautoria,[152] quanto relacionada à ideia de Welzel anterior ao desenvolvimento realizado por Roxin, de domínio final do fato.[153] No entanto, a expressão domínio do fato foi predominantemente empregada na modalidade domínio da organização, justificadora de autoria mediata por aparatos organizados de poder, com o objetivo de realizar a complicada transferência de suas bases para delitos praticados no âmbito de organizações lícitas, no caso a Casa Civil da Presidência da República, os partidos políticos, as empresas de publicidade e a instituição financeira. E, por consequência, os problemas derivados de tal transposição se manifestaram. A exigência da fungibilidade tornou-se um ponto controvertido,[154] enquanto alguns argumentos se aproximaram de uma imputação fundamentada na posição de comando.[155]

Não se pretende aqui uma análise das provas dos autos, mas somente um breve exame do enquadramento do mecanismo delituoso que se julgou ocorrido à teoria do domínio do fato. Antes, contudo, é preciso fazer ao menos três ressalvas. Em primeiro lugar, a posição de comando não justifica apenas por si uma responsabilização criminal, pois um modelo de imputação que somente nela se fundamenta, como se fosse um "domínio da posição", é inadmissível num direito penal da culpabilidade, que desconhece a atribuição automática pelo fato de ou-

152. "Com efeito, a moderna dogmática jurídico-penal apregoa que os coautores são aqueles que, possuindo domínio funcional do fato, desempenham uma participação importante e necessária ao cometimento do ilícito penal." Manifestação do Min. Luiz Fux, f. 55.674.

153. "Na verdade, a meu aviso, este primeiro denunciado detinha o controle finalístico sobre a ação dos denunciados integrantes dos núcleos financeiro e publicitário." Manifestação do Min. Ayres Britto, f. 56.183.

154. "Mas, naquele momento em que me pronunciei, eminente Decano, eu disse que não via, no caso presente, o requisito da fungibilidade; muito pelo contrário, eu entendia que os réus tinham nome, sobrenome, RG e endereço, e a suposta propina foi sempre endereçada a presidentes e líderes de partidos. Portanto, não há falar aqui, pelo menos na minha visão, eminente Min. Celso de Mello, na presença do requisito da fungibilidade; e, por via de consequência, para mim, falta um dos requisitos essenciais, segundo a doutrina de Roxin, para aplicar a teoria do domínio do fato." Manifestação do Min. Ricardo Lewandowski, f. 56.839.

155. "Em razão do cargo elevadíssimo que exercia à época dos fatos, o acusado José Dirceu atuava em reuniões fechadas, jantares, encontros secretos, executando os atos de comando, direção, controle e garantia do sucesso do esquema criminoso". Manifestação do Min. Joaquim Barbosa, f. 56.226.

tros.[156] Em segundo lugar, de acordo com a teoria do domínio do fato, o homem de trás ("mandante", "autor intelectual" etc.), encontra-se, na maioria das vezes, na posição de partícipe,[157] já que a autoria mediata pode, no máximo, constituir-se nas quatro hipóteses conhecidas, ou seja, coação, erro, incapacidade ou capacidade diminuída de culpabilidade, aparatos organizados de poder, e na quinta que aqui se propõe, fundada na dependência estrutural econômico-profissional. Fora destas hipóteses, uma autoria de quem não pratica pessoalmente o fato somente seria possível no caso de uma imputação recíproca característica da coautoria. Em terceiro lugar, a teoria do domínio do fato, como já referido nesse estudo, não se aplica aos delitos de dever, também conhecidos como delitos especiais, de modo que era dispensável seu emprego no julgamento do crime de peculato, previsto no art. 312 do CP.

Realizadas essas observações, é possível verificar que a descrição do esquema criminoso que se julgou praticado parece mais adequada à coautoria do que à autoria mediata. Com efeito, a narrativa de que "a organização criminosa ora denunciada era estruturada em núcleos específicos, cada um colaborando com o todo criminoso em busca de uma forma individualizada de contraprestação",[158] bem como o reconhecimento de que "o extenso material probatório, sobretudo quando apreciado de forma contextualizada, demonstrou a existência de uma associação estável e organizada, cujos membros agiam com divisão de tarefas, visando à prática de delitos, como crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, além de lavagem de dinheiro,"[159] assemelham-se mais a uma descrição de divisão de funções, acordo comum e contribuição relevante na

156. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Die"Rezeption" der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht -, Anmerkungen zur Beteiligungsdogmatik im Urteil des brasilianischen Obersten Bundesgerichts *über* den Korruptionsskandal in der Bundesregierung ("Mensalão-Fall", Ação Penal n. 470, Supremo Tribunal Federal). *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 9. Jahrgang, Ausgabe 6, 2014, p. 292. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2014_6_828.pdf].

157. Ao contrário do manifestado pelo Min. Joaquim Barbosa, em f. 56.842: "Creio eu ter deixado bastante claro, bastante explícito que o autor intelectual, o mandante, o controlador, o organizador é autor, e não partícipe." Nesse sentido: 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, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 144.

158. STF, APN 470, f. 10 da denúncia do Procurador-Geral da República.

159. STF, APN 470, f. 51.620.

execução, típica de domínio funcional do fato, do que de estrutura de aparato de poder fundamentador de domínio da organização. E isso revela a desnecessidade da insistência numa controvertida transposição da teoria do domínio da organização para um contexto sem fungibilidade de autores imediatos e organizações não desvinculadas do direito. No entanto, a opção pela imputação de coautoria com base no domínio funcional do fato implicaria novos desafios, como o de descrever com precisão o papel de cada interveniente para a concretização do plano comum mediante a divisão de tarefas, o que, devido à preferência pela aplicação de uma autoria mediata fundada na teoria do domínio da organização, não foi suficientemente levado adiante.

Por outro lado, desconsiderada a hipótese de domínio funcional do fato, restaria a atribuição de participação ao principal sujeito considerado de trás, por não ter praticado pessoalmente os fatos. Isso porque a justificativa de que "a organização e o controle das atividades criminosas foram exercidos pelo então Ministro-Chefe da Casa Civil, responsável pela articulação política e pelas relações do Governo com os parlamentares",[160] assim como a de que existiu "conluio entre o organizador do esquema criminoso e o então Tesoureiro de seu partido; os três publicitários que ofereceram a estrutura empresarial por eles controlada para servir de central de distribuição de dinheiro aos parlamentares corrompidos, inclusive com a participação intensa da Diretora Financeira de uma das agências de publicidade",[161] não indica nenhum elemento que constitua coação, erro, inimputabilidade do executor ou o comando de um aparato de poder caracterizado por uma estrutura hierárquica desvinculada do direito e fungibilidade dos autores imediatos.

Já em relação à modalidade de autoria mediata nesse estudo desenvolvida, sua possibilidade de aplicação na APN 470 do STF seria limitada. Eventual ocorrência de autoria mediata dos diretores das organizações empresariais por atos dos funcionários, em razão de dependência estrutural econômico-profissional, somente estaria justificada diante da previsibilidade *ex ante* de que o desligamento da empresa ocasionaria relevante prejuízo econômico e profissional ao homem da frente; de que este dificilmente seria absorvido pelo mercado em função de nível equivalente à exercida na organização empresarial; e de que seu desligamento seria incapaz de ocasionar relevante prejuízo financeiro ou técnico à organização econômico-profissional. Entretanto, como, por evidente, isso não foi abordado ao longo do julgamento, uma conclusão nesse sentido seria apenas verificável por meio de contato com as provas dos autos, cujo exame, repita-se, aqui não se sugere, já que um dos

160. STF, APN 470, f. 51.628.

161. STF, APN 470, f. 51.628.

pressupostos da breve análise deste caso individual foi mantê-la restrita à fundamentação jurídica.

10. CONCLUSÃO

A transposição das bases da teoria do domínio da organização para o tratamento de delitos praticados no âmbito empresarial, como o realizado pela jurisprudência, tanto alemã quanto brasileira, tem-se revelado um movimento problemático que merece justas críticas, inclusive do criador da teoria. E tais críticas parecem insuperáveis, uma vez que aparato de poder e empresa constituem realidades diferentes, com estruturas distintas, que dificilmente poderiam gerar uma mesma forma de manifestação de domínio da vontade. Por isso, dentro dos estreitos limites desse trabalho, verificou-se que, apesar de ser possível a existência de um domínio da vontade no seio de organizações empresariais, esta ocorre em formato distinto do aparato de poder, por meio de uma relação de dependência estrutural econômico-profissional entre o homem da frente e a empresa.

Tal relação, que pode tornar o executor do fato um instrumento do homem de trás, sem, contudo, livrá-lo da responsabilidade penal pela prática do fato na condição de autor imediato, constata-se nos casos em que ocorrem, ao mesmo tempo, três requisitos representados *ex ante* tanto pelo homem da frente quanto pelo homem de trás. O primeiro, que o desligamento do homem da frente possa lhe causar relevante prejuízo econômico e profissional. O segundo, que o homem da frente dificilmente será absorvido pelo mercado em função de nível equivalente à exercida na organização empresarial. E, o terceiro, que o afastamento do homem da frente seja incapaz de ocasionar relevante prejuízo financeiro ou técnico à organização empresarial. Diante dessas três circunstâncias conjuntas, é possível afirmar a autoria mediata do homem de trás e a instrumentalização do homem da frente, devido ao domínio da vontade deste ocasionado pela dependência estrutural econômico-profissional.

Além disso, tampouco o fato de se ainda manter a responsabilização penal ao homem da frente, na condição de autor imediato, inviabiliza essa figura com base no denominado princípio da autorresponsabilidade. Isso porque a interpretação mais correta de domínio do fato é em sentido fático e o pretendido princípio da autorresponsabilidade pode ser considerado, no máximo, um critério que somente afirma que é mais fácil verificar a autoria mediata nas hipóteses em que o homem da frente não atua de modo penalmente responsável. E isso não exclui a possibilidade de que um domínio da vontade também surja em circunstâncias de atuação penalmente responsável do homem da frente.

Por outro lado, a breve análise do julgamento da APN 470 pelo STF, diante dos critérios do domínio da organização, já demonstra que a transposição desta figura

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

a um contexto que não envolvia estrutura hierárquica verticalmente organizada, dissociação do direito e fungibilidade dos homens da frente foi a principal origem dos problemas de fundamentação que valeram acentuadas críticas quanto à precisão com que a teoria do domínio do fato foi empregada. Descartada a hipótese de domínio funcional do fato, não se justifica a atribuição de autoria mediata ao ex-ministro da Casa Civil, considerado o principal homem de trás dos delitos praticados, já que ausentes os elementos constitutivos de domínio da vontade por coação, erro, inimputabilidade do executor ou aparato organizado de poder. Nesse caso, resta o reconhecimento de participação. Já uma ocorrência de autoria mediata por dependência estrutural econômico-profissional, nos termos aqui propostos, apenas seria possível, a princípio, entre os diretores das organizações empresariais e seus funcionários, cuja verificação demanda uma análise das provas dos autos, o que aqui não se propôs.

11. BIBLIOGRAFIA

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 11. Auflage. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal, parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral*. São Paulo, Coimbra: Ed. RT, Coimbra Ed., 2007. t. I.

FREUND, Georg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2. Auflage. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2009.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. ¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 68. São Paulo: Ed. RT, 2007.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras – A imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. 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, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. 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, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____; LEITE, Alaor. Die "Rezeption" der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht -, Anmerkungen zur Beteiligungsdogmatik im Urteil des brasilianischen Obersten Bundesgerichts *über* den Korruptionsskandal

in der Bundesregierung ("Mensalão-Fall", Ação Penal 470, Supremo Tribunal Federal). *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9. Jahrgang, Ausgabe 6, 2014. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2014_6_828.pdf].

_____; _____. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. 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/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 105. São Paulo: Ed. RT, 2013.

HAFT, Fritjof. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 9. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2004.

HEINE, Günther. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. In: HURTADO POZO, José (coord.). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Anuario Derecho Penal 1996*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Penal, 1997.

_____. Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als "zweite Spur". In: HEINER, Alwart (ed.). *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*. München: Hampp, 1998.

HERZBERG, Rolf Dietrich. Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 4. Jahrgang, Ausgabe 11, 2009. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_372.pdf].

JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.

_____. Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 4. Jahrgang, Ausgabe 11, 2009. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_371.pdf].

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

KÜHL, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2008.

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, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado, 1997.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras – Uma questão única de imputação objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.

LONGOBARDI, Mariano. Autoría y dominio del hecho en los delitos socioeconómicos: criminalidad económica, Derecho Penal Económico y dogmática penal. *Revista de Derecho Penal e Proceso Penal*. Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿como imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*. n. 9. Salamanca, 2002.

OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*. 7. Auflage, Berlin: De Gruyter Recht, 2004.

RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014.

ROXIN, Claus. Autoria mediata por meio do domínio da organização. Trad. José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.

_____. Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 4. Jahrgang, Ausgabe 11, 2009. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_369.pdf].

_____. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista de Estudios de la Justicia*. n. 7. Santiago: Facultad de Derecho de Universidad de Chile, 2006.

_____. Sobre a mais recente discussão acerca do "domínio da organização" (*Organisationsherrschaft*). In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I. München: Verlag C. H. Beck, 2006.

_____. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band II. München: Verlag C. H. Beck, 2003.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal*. Madrid: Complutense, 1988.

_____. Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales*. Madrid, 2002. vol. LV.

SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; Sousa, Susana Aires (coord.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009. vol. 2.

SOUZA SANTOS, Humberto. *Coautoria em crime culposo e imputação objetiva.* Barueri: Manole, 2004.

_____. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 97. São Paulo: Ed. RT, 2012.

STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht Allgemeiner Teil I.* 5. Auflage. Köln, Berlin, München: Carl Heymanns Verlag, 2004.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht.* Berlin: Walter de Gruyter, 1969.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht Allgemeiner Teil.* 38. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF, de Alaor Leite - *RBCCrim* 106/47 (DTR\2014\303);
- Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG, de André Luís Callegari - *RT* 933/111 (DTR\2013\3778); e
- Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos - "Control over the act-theory" and its application in corporate criminality: theoretical and practical aspects, de Artur de Brito Gueiros Souza - *RBCCrim* 105/59 (DTR\2013\11625).

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 117. ano 23. p. 91-138. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

Análise crítica dos crimes contra o respeito aos mortos no direito penal brasileiro

Critical analysis of the crimes against the dead people's respect in Brazilian criminal law

Décio Franco David

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestrando em Direito Penal na USP. Coordenador do Curso de Direito e Professor de Direito Penal na Faculdade Santa Amélia (Secal). Professor Colaborador de Prática Forense Penal na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE). Advogado.
decio.david@gmail.com

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade analisar os delitos contra o sentimento de respeito aos mortos sob um viés crítico. Para tanto, parte-se da apresentação de caso histórico julgado pelo STF e passa a análise dos fundamentos justificantes da incriminação de tais condutas. O trabalho se desenvolveu mediante pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, o que possibilitou uma reinterpretação do bem jurídico apontado pela doutrina e jurisprudência dominantes.

Palavras-chave: Direito penal - Dignidade humana - Tutela de sentimentos - Crimes contra o respeito aos mortos.

Abstract: This paper analyses the crimes against the dead people's respect under a critical bias. Therefore, presents a historical case judged by Federal Supreme Court and analyses the base justification to criminalize these conducts. The article was developed through bibliographic and jurisprudential research, which allowed a reinterpretation about the legal property indicated by the prevailing doctrine and jurisprudence.

Keywords: Criminal Law - Humanity Dignity - Guardianship of feelings - Crimes against the dead people's respect.

Sumário: 1. Introdução - 2. O RHC 54.486/RJ do STF: um caso de vilipêndio a cadáver? - 3. O que se tutela com os crimes contra o respeito aos mortos? - 4. É possível um direito penal que proteja sentimentos? - 5. Revisão crítica pela dignidade da pessoa humana - 6. Conclusões - 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Os crimes contra o respeito aos mortos é tema quase abandonado pela doutrina nacional. As fontes referenciais bibliográficas conhecidas estão sempre atreladas a

David, Décio Franco. Análise crítica dos crimes contra o respeito aos mortos no direito penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 141-173. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

estudos expositivos dos tipos penais constantes no Título V, Capítulo II, da Parte Especial do Código Penal. Desta forma, os quatro crimes previstos (arts. 209,[1] 210,[2] 211[3] e 212[4]) são sempre justificados como medidas necessárias à preservação de um valor ético-social,[5] qual seja, o sentimento de respeito aos mortos. No entanto, sem querer construir uma proposta de negação absoluta de tal fundamento, é preciso repensar se tais tipos penais servem a essa proposta e se a preservação de um valor ético social deve ser uma atividade a ser cumprida e efetivada pelo Direito penal.

Para isso, este breve estudo parte da análise de um julgado do STF (datado de 18.06.1976) e busca verificar se os tipos penais acima mencionados devem ser mantidos nos dias atuais. Desde já, afirma-se que este trabalho não tem a missão de esgotar a temática, mas de colocar o tema em debate, principalmente diante de algumas constatações apuradas em decisões judiciais e da preservação dos mesmos crimes de forma praticamente idêntica[6] no PLS 236/2012 – Projeto de Reforma do Código Penal.

2. O RHC 54.486/RJ DO STF: UM CASO DE VILIPÊNDIO A CADÁVER?

Conforme afirmado na nota introdutória, em 18.06.1976, a 2.ª Turma do STF julgou, sob a relatoria do Min. Leitão de Abreu, o RHC 54.486/RJ. O recurso foi

1. Crime de impedimento ou perturbação de cerimônia funerária: "Art. 209. Impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária:
   Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1(um) ano, ou multa.
   Parágrafo único. Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência".
2. Crime de violação de sepultura: "Art. 210. Violar ou profanar sepultura ou urna funerária: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa".
3. Crime de destruição, subtração ou ocultação de cadáver: "Art. 211. Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele:
   Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa".
4. Crime de vilipêndio a cadáver: "Art. 212. Vilipendiar cadáver ou suas cinzas: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa".
5. Por todos, HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 8, p. 79.
6. Os quatro crimes preservam as condutas e sanções, agora nos arts. 448 a 451. Em verdade há duas modificações, uma terminológica (substituindo reclusão ou detenção por "prisão") e outra na pena máxima do crime de violar ou profanar sepultura ou urna funerária, a qual passa a ser de dois anos e deixa de incidir multa. O projeto possui relatório disponível no endereço: [www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/08/veja-a-integra-do-relatorio]. Acesso em: 20.12.2014. No próprio *site* no senado também está à disposição um quadro comparativo: [www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114750&tp=1]. Acesso em 20.12.2014.

interposto em virtude de decisão do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro que denegou ordem em *habeas corpus* com o consequente prosseguimento de processo contra dois estudantes e um médico e professor da Faculdade de Medicina de Valença, pois entendeu que as condutas descritas na denúncia estariam amoldadas ao crime de vilipêndio a cadáver, com a ressalva de que poderiam configurar o crime de destruição de cadáver, mas que tal análise não seria pertinente no momento processual em que se encontrava o feito.[7]

De acordo com as informações constantes na decisão, os dois alunos haviam extraídos os olhos de um cadáver (que se achava no necrotério da Faculdade aguardando necropsia por ter falecido sem assistência médica) e os entregaram ao professor, que os utilizou em experiências científicas.

A tese defensiva, tanto no HC quanto no RHC, baseou-se no fato de as condutas dos alunos e do professor estarem ausentes de dolo específico de aviltar o cadáver, uma vez que estariam amparadas pela Lei 5.479/1968,[8] e argumentou que a denúncia era inepta, pois não definia a participação (individualização da conduta) de cada um dos denunciados nos fatos descritos.

No corpo da decisão, o Ministro relator, valendo-se de parecer do Procurador-Geral da República, Henrique Fonseca de Araújo, reconheceu que não se tratava do crime de vilipêndio a cadáver, pois entendeu que a "enucleação dos olhos do cadáver para fins de estudo, pesquisa e investigação científica – não pode, a toda evidência, constituir o tipo definido na lei penal, com o *nomen juris* de vilipêndio a cadáver".[9] Segundo o Ministro, baseando-se no alusivo parecer, faltou nas condutas "justamente, o núcleo do tipo, representado pelo verbo "vilipendiar"[10] e destacou um detalhe constante no inquérito policial: "enucleados os globos oculares, os pacientes, autores da enucleação, tiveram o cuidado de *suturar as fendas palpebrais*, para evitar a desfiguração do cadáver, evitando exatamente o aspecto chocante que, sem olhos, este certamente apresentaria (f. 15)".[11]

7. RHC 54486, 2.ª T. j. 18.06.1976, rel. Min. Leitão de Abreu, *DJ* 10.09.1976, p. 7831; *Ement.* vol. 1033-04, p. 1007; *RTJ* vol. 79-01, p. 102. p. 1008-1009.
8. A Lei 5.479, de 10.08.1968, atualmente revogada (a matéria hoje está disciplinada na Lei 9.434/1997), dispunha sobre a retirada de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica. Merece destaque que a disposição deveria ser gratuita (art. 1.º) e efetivada por, pelo menos, uma das condições previstas no art. 3.º do mesmo dispositivo.
9. RHC 54486, p. 1012, sublinhado constante no original.
10. RHC 54486, p. 1012.
11. RHC 54486, p. 1012, sublinhado constante no original. Mister informar que, nesta passagem da fundamentação, a decisão não fez a devida menção ao art. 6.º da Lei 5.479/1968, o qual determinava que "feita a retirada, o cadáver será condignamente recomposto e entre-

Encerrando qualquer dúvida acerca da não ocorrência do delito, o Min. Leitão de Abreu destacou, baseado no referido parecer, a existência de convênio entre a Faculdade de Medicina de Valença e a Secretaria de Segurança para o atendimento e regular funcionamento do Posto Médico Legal de Valença, o que justificou a presença do cadáver na faculdade. Igualmente, consignou que a viúva ratificou por escritura pública autorização para o procedimento, demonstrando que "a família não viu qualquer desrespeito ou menoscabo ao cadáver na conduta dos pacientes".[12]

Ademais, acerca do que fora suscitado quanto à desclassificação para o crime de destruição de cadáver, consignou o Ministro relator, com base no parecer, que a conduta não se amoldava ao tipo previsto no art. 211 do CP,[13] pois entendeu que a consumação deste crime exige o uso ou emprego de meios mecânicos ou químicos que possibilitem o desaparecimento do cadáver ou sua transformação.[14]

Por fim, ao concluir seu voto, o Ministro relator fez uma ressalva que tornou impossível qualquer imputação aos pacientes: ao destacar a influência do Código Penal Italiano de 1930 sobre o Código Penal brasileiro de 1940, apresentou a existência de previsões idênticas às mencionadas no caso, bem como frisou a existência de um tipo penal no ordenamento italiano que não foi incluído no ordenamento pátrio: o crime de uso ilegítimo de cadáver.[15]

Como bem asseverou o Min. Leitão de Abreu ,[16] este último delito estava assim previsto no ordenamento italiano: "uso illegitimo di cadavere. Art. 413. Chiunque dissezione e altrimenti adopara un cadavere, o una parte di esso, a scopi scientifici o didattici, in casi non consentiti della legge, è punito con la reclusione fino a sei

---

gue aos responsáveis para o sepultamento". Igualmente, merece menção o fato de que o descumprimento deste preceito autorizador punia o agente nas penas do crime de destruição de cadáver (art. 211, CP). Porém, tal menção não é feita no julgado. Certamente, uma análise mais detalhada deste dispositivo tornaria o julgamento mais completo.

12. RHC 54486, p. 1012. Essa ressalva da fundamentação encontrava supedâneo no art. 3.º, III, da Lei 5.479/1968.

13. "Embora o tipo preveja a destruição total ou parcial do cadáver – 'cadáver ou parte dele', é evidente que a conduta dos pacientes não realiza ou configura." (RHC 54486, p. 1013)

14. "Aqui também, ninguém identificaria na conduta dos pacientes, tal como descrita na denúncia, qualquer ato de destruição, ainda que parcial, do cadáver, ou seja, de seus olhos, retirados com o propósito de estudo, de pesquisa, nada se sabendo ou dizendo sequer sobre a forma por que foram utilizados. Certo é que não se poderá falar em destruição, que pressupõe o emprego de meios mecânicos ou químicos para seu desaparecimento ou transformação." (RHC 54486, p. 1014)

15. A ressalva é indicada com menção ao parecer acima mencionado.

16. Valendo-se do alusivo parecer.

mesi e con la multa fino a lire duecentomila".[17] Diante desse contexto, concluiu que a conduta dos três acusados se encaixava nesse tipo penal, desde que não fossem observadas as cautelas e exigências da Lei 5.479/1968, motivo pelo qual decidiu que eram condutas atípicas,[18] deixando de analisar o segundo fundamento do RHC. Ao encerrar o voto, o Ministro relator exalta, novamente, o parecer do Procurador-Geral da República e declara a atipicidade das condutas, dando provimento ao recurso no sentido de trancar o prosseguimento do feito,[19] sendo sua decisão acompanhada, de forma unânime, pelos demais ministros (Thompson Flores, presidente, Xavier de Albuquerque, Cordeiro Guerra e Moreira Alves).[20]

Ante o exposto, verifica-se que o STF agiu corretamente ao julgar o RHC, porém, certamente, muitos outros elementos poderiam ter sido analisados para melhor resolver o impasse gerado pelas condutas dos três acusados. Nesse espeque, frisa-se que a conduta dos pacientes estava acobertada pelo art. 6.º da revogada lei 5.479/1968, pois, ao suturar as pálpebras, condignamente recompuseram o corpo,[21] o que, por si só, não justificaria a persecução penal dos mesmos. Por isso, é constatável que não se estava diante de um crime de vilipêndio a cadáver, tampouco de destruição de cadáver.

Além disso, o julgado deixou de analisar as razões que justificariam uma incriminação diante deste específico caso concreto. É certo que este debate não foi aventado pela tese defensiva, mas isso não impediria os julgadores de declararem a (des) necessidade de preservação do tipo penal. Contudo, há que se destacar, novamente, que o julgado é datado de 1976, o que torna mais fácil compreender a ausência desta discussão.[22-23]

17. RHC 54486, p. 1015. Destaca-se que a atual redação do art. 413 do CP Italiano é: "I Chiunque disseziona o altrimenti adopera un cadavere, o una parte di esso, a scopi scientifici o didattici, in casi non consentiti dalla legge, è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a euro 516.
II La pena è aumentata se il fatto è commesso su un cadavere, o su una parte di esso, che il colpevole sappia essere stato da altri mutilato, occultato o sottratto" (D'ANDRIA, Mario Lucio. *Codice Penale e delle leggi penali*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2012. p. 162).
18. RHC 54486, p. 1016.
19. RHC 54486, p. 1017.
20. RHC 54486, p. 1017-A.
21. Conforme rodapé 11 acima.
22. Nesse sentido, é preciso informar que ao realizar pesquisa no banco de dados do *site* do STF são encontrados apenas quatro julgados com os critérios "vilipêndio a cadáver", quais sejam: RHC 54486, HC 59600, RHC 64806, HC 89238. O primeiro é justamente o caso acima relatado. No segundo, discutiu-se a possibilidade de concessão de liberdade provisória ao acusado que aguardava julgamento do recurso de apelação. O agente teria praticado dois homicídios contra vítimas de 18 e 10 anos de idade e praticado vilipêndio contra

No entanto, a dogmática penal atual não pode se omitir de fazer uma nova análise do crime de vilipêndio a cadáver e dos demais crimes contra o respeito aos

seus cadáveres. Contudo, não consta nos autos em que consistiram os atos de vilipêndio. O STF manteve a custódia cautelar em virtude da ordem pública, destacando a violência e desumanidade dos atos do acusado. No terceiro, também se discutiu a concessão de liberdade provisória. Neste caso, o réu estava sendo acusado de ter praticado os crimes de homicídio, roubo e vilipêndio a cadáver. Seu recurso foi interposto pelo fato de que impetrou HC ao Tribunal de Justiça de São Paulo, pugnando por liberdade até o julgamento pelo tribunal do júri, haja vista que já havia sido pronunciado. O STF negou provimento, mantendo a custódia cautelar com base nos antecedentes do acusado (Os fundamentos foram o fato dele não ter residência fixa, nem ocupação lícita, pois se mantinha com práticas homossexuais e era usuário de maconha – f. 241). No último caso, discutiu-se a ausência de fundamentação de prisão preventiva e excesso de prazo para a custódia cautelar. O acusado respondia pela prática dos crimes de homicídio duplamente qualificado, destruição e ocultação de cadáver, vilipêndio a cadáver e fraude processual. O julgado fez menção ao crime de vilipêndio pelo fato deste ter sido afastado no Recurso em Sentido Estrito interposto da decisão de pronúncia. Entendeu o STF pela concessão da ordem, pela falta de motivos que fundamentassem a prisão preventiva.

Diante desse quadro, é constatável que o único caso em que se discutiu o delito de vilipêndio foi o RHC 54486. A ausência de maiores casos com menção ao crime pelo STF pode significar tanto uma ausência de debates sobre a temática, como a ausência de relevância constitucional sobre casos afetos ao tema. Porém, também seria possível apurar, por meio de outra pesquisa, se essa ausência não se dá pela simples não ocorrência do crime, ou se a omissão não é decorrente de uma filtragem dos tribunais inferiores por meio de pacificação de entendimento.

23. Nesse sentido, informa-se que com o mesmo critério de busca "vilipêndio cadáver", foram encontrados nove julgados no STJ, sendo que em nenhum deles foi discutida a estruturação do delito: 1. HC 252.026/MS (rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 18.03.2014, *DJe* 28.03.2014, não recebeu HC como substitutivo de recurso); 2. HC 209.505/PI (rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 18.03.2014, *DJe* 28.03.2014, discutiu concessão de liberdade provisória para recorrer em liberdade – denegou ordem, manteve cautelar); 3. HC 157.788/ES (rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 31.05.2011, *DJe* 08.06.2011, discutiu prova pré-constituída e dosimetria de pena); 4. HC 107.237/SP (rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 16.10.2008, *DJe* 10.11.2008, discutiu excesso de prazo (tese de defesa é de que faltou prova de que o sêmen no corpo da vítima fosse do acusado – STJ afastou análise do fato)); 5. HC 95.199/RS (rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 21.08.2008, *DJe* 15.09.2008, discutiu data-base para cálculo de benefícios no decorrer da execução (os crimes seriam ocultação de cadáver e vilipêndio de sepultura)); 6. HC 38.741/GO (rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 22.02.2005, *DJ* 21.03.2005, p. 412, discutiu excesso de prazo, o qual era praticado pela defesa); 7. HC 16.280/CE (rel. Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, j. 02.10.2001, *DJ* 15.04.2002, p. 239, discutiu o desaforamento do julgamento de crimes de homicídio, destruição de cadáver e vilipêndio de cadáver); 8. HC 14.071/PE (rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. 06.02.2001, *DJ* 25.06.2001, p. 245, deixou de discutir a cautelar pessoal porque a matéria não tinha sido ventilada na

mortos. Afinal, ao recusar a tese expansiva do Direito penal e aceitar seu mecanismo natural de migração,[24] torna-se imperiosa a constante fiscalização das condutas que recebem proteção penal, justamente para que se filtre todo o sistema, deixando para trás o "*entulho* derivado da evolução social"[25] que não merece mais ser tutelado pelo pináculo punitivo estatal.

Por tal razão, diante da provocação trazida pelo julgado e pela preservação dos crimes acima mencionados no PLS n. 236, é que o presente trabalho se desenvolve, iniciando com uma pergunta basilar: o que os crimes contra o respeito aos mortos protegem?

3. O QUE SE TUTELA COM OS CRIMES CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS?

Um rápido apanhado na doutrina nacional demonstra a divisão em duas correntes que não são completamente antagônicas, mas, de certa forma, complementares. A primeira corrente é liderada por Nelson Hungria, o qual afirmava que os crimes contra o respeito aos mortos têm parentesco com os crimes contra o sentimento religioso, de modo que "o respeito aos mortos reveste-se de um cunho religioso".[26]

---

corte estadual); 9. HC 12.913/PE (rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. 19.10.2000, *DJ* 18.12.2000, p. 244, o HC discutiu a negativa de participação no crime e excesso de prazo na instrução. Porém, o STJ negou ordem, pois a participação era matéria de análise do mérito e não teve excesso de prazo, pois a instrução estava encerrada).

24. Afirmando ser falsa a expansão do Direito Penal em razão de um processo de migração de conteúdos, BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 173. Em idêntico sentido, DAVID, Décio Franco. *Fundamentação principiológica do direito penal econômico: um debate sobre a autonomia científica da tutela penal na seara econômica*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Jacarezinho, Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2014. 263 p. p. 123, 142, 144 e 225.

25. BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito...* cit.

26. HUNGRIA, Nélson. Op. cit., p. 78. Destaca-se o cunho religioso demonstrado pelo autor sobre a temática. Ao analisar os crimes contra o sentimento religioso, afirmava: "A religião tem sido sempre um dos mais relevantes instrumentos no gôverno social do homem. Se êsse grande fator de contrôle enfraquece, apresenta-se o perigo de retrocesso do homem às formas primitivas e antissociais da conduta, de regresso e queda da civilização, de retôrno ao paganismo social e moral. O que a razão faz pelas ideias, a religião faz pelos sentimentos. Torna a vida sagrada, refreia os institutos egoísticos, estimula os bons hábitos sociais, entrava as más inclinações, facilita a civilização humana. Um mundo social sem religião, como o atual, é um mundo de incertezas, destituído de entusiasmo, reduzido ao nível morto das conveniências individuais, impregnado de insuperável tristeza" (HUNGRIA, Nélson. Op. cit., p. 63, mantida a redação original). Acerca da relação entre Direito e Religião: HORN, Norbert. Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica. Trad da 2. ed. alemã: Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 91-117.

Assim, justificava a reunião das duas classes de crime sob um mesmo título.[27] Outrossim, ao definir o que a lei penal protege com esses delitos, afirmava ter a norma um caráter constitutivo (não meramente sancionatório), pois não serve à proteção da paz dos mortos, mas, sim, ao sentimento de reverência dos vivos para com os mortos.[28] Por tal razão, defendia que o "respeito aos mortos (do mesmo modo que o sentimento religioso) é um relevante *valor ético-social*, e, como tal, um interesse jurídico digno, por si mesmo, da tutela penal".[29] Para Hungria, a tutela penal na esfera de tais condutas serve para "resguardar a incolumidade dos atos fúnebres, do cadáver em si mesmo e da sepultura".[30]

No mesmo sentido, Edgar Magalhães Noronha afirmava que os crimes contra o respeito aos mortos está vinculado a preceitos religiosos.[31] Segundo o autor, isso não ocorre apenas pela disposição no mesmo título, mas também pelo fato de que "é vulgar a expressão "culto dos mortos", ainda que *culto* aqui não seja tomado no conceito estrito que lhe dá a religião".[32] Noronha afirmava existir no homem um respeito "para os que se foram desta vida em demanda a um estado que importa uma ordem sobrenatural e que se acha acima da razão humana".[33] Para este autor, ainda que o culto dos mortos esteja impregnado de sentimento religioso, os que não creem (chamados por ele de materialistas e agnósticos) também demonstram respeito aos mortos, seja por piedade ou pela dignidade da criatura humana que a acompanha ao túmulo.[34] Por tal razão, defende que o objeto jurídico tutelado é "o sentimento de respeito para com os mortos, direito do qual é titular a pessoa viva",[35] mas que interessa "também à coletividade sua defesa, pois dito sentimento se apoia na ética e condiz com a civilização, motivo por que o Estado não se pode mostrar indiferente às infrações contra êle".[36] Igualmente, ao comentar cada um dos quatro crimes, reitera que o bem jurídico tutelado é o "sentimento de respeito para os que morreram",[37] isto é, "a piedade que se tem para com eles, sentimento

27. HUNGRIA, Nélson. Op. cit.,
28. Idem, p. 79.
29. Idem, ibidem. Grafia e itálico constantes no original.
30. Idem, ibidem.
31. MAGALHÃES NORONHA, Edgar. *Direito penal. Dos crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. vol. 3, p. 72-73.
32. Idem, p. 73.
33. Idem, ibidem.
34. Idem, ibidem.
35. Idem, ibidem.
36. Idem, ibidem. Transcrição idêntica ao original.
37. Idem, p. 80, comentário ao crime de impedimento ou perturbação de cerimônia funerária.

individual e coletivo que cerca os túmulos, cemitérios e as coisas que servem ao seu *culto*".[38]

Na mesma vertente, a família Delmanto, em seu respeitado *Código Penal comentado*, afirma que a proteção do respeito aos mortos é "essencial para a vida em democracia, que requer pluralismo, solidariedade, compreensão e, sobretudo, respeito à memória dos que se foram, tão importantes à formação de cada um de nós, perpetuando em nossas almas as suas lembranças".[39] Afirmam, ainda, que "é o sentimento de honra aos antepassados um dos vetores de nossa caminhada".[40] Ao analisar cada um dos quatro tipos penais, defendem que o objeto jurídico tutelado é o sentimento de respeito pelos mortos.[41]

Para Paulo José da Costa Júnior e Fernando José da Costa, os quatro crimes têm por objetividade jurídica "o sentimento de respeito aos mortos, que configura um interesse individual coletivo, bem como um valor ético-social".[42] Segundo estes autores, é possível identificar, em um plano secundário, quando a solenidade de cerimônia fúnebre for de cunho religioso, também este aspecto – sentimento religioso – como objeto de tutela.[43] Ao comentar os demais crimes, identificam o mesmo bem jurídico (sentimento de respeito aos mortos),[44] com uma ressalva ao posicionamento de Manzini quanto ao crime de violação de sepultura, para o qual, neste delito, o objeto da tutela consiste no interesse público em proteger o sentimento de piedade com relação aos defuntos, garantindo o respeito ao cadáver e às cinzas.[45]

38. Idem, ibidem. Destaca-se que ao comentar o crime de violação de sepultura, reafirma que o bem jurídico é o sentimento de piedade para com os mortos, definido-o como um direito dos vivos (Idem, p. 82). Para os demais crimes, faz menções remissivas (p. 85 – destruição ou ocultação de cadáver – e p. 88 – vilipêndio a cadáver).

39. DELMANTO, Celso [et al.]. *Código penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 579.

40. Idem, ibidem.

41. Idem, p. 581 (art. 209), p. 583 (arts. 210 e 211), p. 585 (art. 212).

42. COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Curso de direito penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 668. Idêntica ponderação está contida na obra de Francesco Antolisei, o qual também faz menção à doutrina de Manzini, conforme ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte speciale*. 14. ed. Milano: Giuffrè, 1997. t. II, p. 210.

43. COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. Op. cit.

44. Idem, p. 669 (violação de sepultura), p. 671 (destruição, subtração ou ocultação de cadáver), p. 672 (vilipêndio a cadáver). O mesmo argumento é encontrado em: COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 697-704.

45. COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. Op. cit., p. 669-670, sem, contudo, indicar a referência da obra do autor italiano.

José Henrique Pierangeli ao comentar tais crimes também defende que o bem jurídico é o respeito (enquanto valor ético-social) aos mortos,[46] mas faz algumas ressalvas no pertinente ao delito de violação de sepultura, destacando a existência de quatro concepções sobre o bem jurídico tutelado, ainda que para ele não exista divergência na doutrina nacional quanto à identificação do objeto de tutela como sendo o sentimento de respeito aos mortos.[47]

Guilherme de Souza Nucci, seguindo o mesmo entendimento, identifica como objeto jurídico de tutela nas quatro modalidades delitivas "o sentimento de respeito à memória dos mortos".[48] Em idêntico posicionamento, estão os escritos de Rogério Greco,[49] Cezar Roberto Bitencourt,[50] Damásio de Jesus,[51] Luiz

46. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte especial (arts. 121 a 361)*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 2, p. 449 (art. 209), p. 454 (art. 211), e p. 456-457 (art. 212).

47. Idem, p. 451. Afirma que a primeira corrente do bem jurídico é a saúde pública e afirma que Carrara se posiciona nesse sentido. Para segunda corrente, o objeto de tutela seria o sentimento religioso, o qual refuta, em decorrência de crimes específicos sobre o tema. Na terceira corrente identifica o bem jurídico como sendo a sepultura ou urna funerária, indicando como referencial a teoria de Silvio Ranierie. Desde já é possível criticar esta terceira corrente por identificar o objeto jurídico protegido (bem jurídico) com o objeto material sobre o qual recai a conduta. Por fim, apresenta a quarta corrente, na qual se afilia, de identificar o respeito aos mortos como sendo o bem jurídico tutelado.

48. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: Parte geral – Parte Especial*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 822 (art. 209), p. 823 (art. 210), p. 824 (art. 211), p. 826 (art. 212). Idêntica postura ao comentar individualmente os crimes em: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1017-1020.

49. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 10. ed. Niterói: Impetus, 2013. vol. 3, p. 427 (defendendo uma fundamentação da tutela baseada no art. 5.°, VI, da CF), p. 437 (art. 209), p. 440 (art. 210), p. art. 211 (p. 445), p. 445 (art. 211), p. 450 (art. 212). Idêntico argumento em: GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 687(art. 209), p. 688 (art. 210), p. 690 (art. 211) e p. 692 (art. 212).

50. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 958 (art. 209), p. 960 (art. 210, reforçando o acerto da doutrina ao identificar o sentimento de respeito aos mortos), p. 962 (art. 211, explicando o sentimento de respeito como sentimento de veneração), p. 265 (art. 212). Argumento idêntico em: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte Especial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 3, p. 456 (art. 209), p. 461 (art. 210), p. 465 (art. 211), p. 470 (art. 212).

51. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: Parte Especial – Dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. vol. 3, p. 69. Nas palavras do autor, ao comentar o crime previsto no art. 209 do CP: "O objeto jurídico é o sentimento de respeito pelos mortos. Aproxima-se do sentimento religioso, pelo culto que dedicamos à memórias daqueles que já se foram. Protege-se o sentimento de piedade e veneração que se tem pelos que já faleceram". Repete o argumento com relação aos demais crimes: art. 210 (idem, p. 73), art. 211 (idem, p. 77) e art. 212 (idem,p. 81). Igual

Regis Prado[52] e Julio Fabbrini Mirabete.[53] O mesmo entendimento é encontrado na doutrina estrangeira. Em Portugal, José Manuel Damião da Cunha afirma que nos crimes contra o respeito devido aos mortos (arts. 253 e 254 do CP Português) o bem jurídico tutelado é o sentimento de piedade para com os defuntos, por parte da coletividade, o qual se constitui em um bem jurídico imaterial originário de um sentimento moral coletivo, não vinculado a qualquer fé religiosa.[54] Na Espanha, Francisco Muñoz Conde destaca que os objetos protegidos pela norma penal são o respeito à memória dos mortos e o respeito aos lugares em que estão enterrados.[55] Em síntese, é possível afirmar a existência de um caminho comum acerca da proteção do respeito aos antepassados e sua memória, corroborando a corrente doutrinária brasileira acima exposta.

De outro lado, ainda que não se apresente enquanto uma posição antagônica, é possível identificar uma segunda corrente, a qual parece partir de um mesmo ideal, contudo com embasamento nos direitos e garantias fundamentais. Nessa vertente, encontra-se o posicionamento de Alberto Silva Franco, Tadeu Antonio Dix Silva[56] e Paulo César Busato.[57]

---

argumento em: JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 727 (art. 209), p. 728 (art. 210), p. 730 (art. 211), p. 732 (art. 212).

52. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro. Parte Especial: arts. 121 a 249*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 2, p. 615 (art. 209), p. 619 (art. 210), p. 624 (art. 211), p. 629 (art. 212). Idêntica afirmação, comentando cada artigo, em: PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 693-700.

53. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 407 (art. 209), p. 409 (art. 210), p. 410 (art. 211), p. 413 (art. 212). Em outra obra, usa julgado para fundamentar a não incidência de erro de proibição sobre o crime de violação de sepultura (art. 210), haja vista que seria ínsito ao ser humano o sentimento de respeito aos mortos (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 1742).

54. DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal. Artigos 202.º a 307.º*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, t. II, p. 651-653. No mesmo sentido: GONÇALVES, Manoel Lopes Maia. *Código Penal português: anotado e comentado, legislação complementar*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 741-742.

55. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte especial*. 11.ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 721. Na Espanha, é encontrada, também, doutrina que se alinha com a proteção do respeito aos ancestrais, fortemente enraizada na cultura nacional, conforme se depreende de: DÍAZ MARTÍNEZ, P. (coord.); CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido [et al.]. *Código penal comentado: con concordancias y jurisprudencia; actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 2012. t. II, p. 1773.

56. FRANCO, Alberto Silva; SILVA, Tadeu Antonio Dix. Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 978 e ss.

57. BUSATO, Paulo César. *Direito penal – Parte Especial 1*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 765.

Alberto Silva Franco e Tadeu Dix Silva, após apresentarem nota crítica aos posicionamentos que vinculam o Direito penal à proteção de valores ético-sociais,[58] estruturam uma construção do sentimento de respeito aos mortos como derivação dos direitos e garantias fundamentais alicerçada na dignidade da pessoa morta.[59] Desta forma, defendem ser a dignidade da pessoa morta um valor cultural com amparo constitucional, considerada como um valor que não possui existência material/tangível, mas que necessita de pessoas ou coisas para sua percepção.[60] Em outras palavras, apontam como bem jurídico tutelado "a dignidade da pessoa morta, ao se considerar que 'sendo o cadáver a projeção ultraexistencial da pessoa humana, o bem personalista da dignidade da pessoa morta constitui o objeto primário e constante da tutela contra os atos de desrespeito e aos despojos humanos e aos sepulcros'".[61]

Além da dignidade da pessoa morta, identificam a existência de um bem jurídico secundário, consistente no valor da solidariedade, identificada pelos autores como sendo um direito fundamental de segunda geração.[62] Segundo Franco e Silva, a solidariedade na morte é inerente às concepções atuais de cultura,[63] sendo que a "dor decorrente da morte de alguém recai diretamente sobre seus familiares e pessoas próximas, as quais possuem direitos subjetivos de ver realizadas as exéquias do ente falecido e promover seu sepultamento de maneira harmônica".[64] Nesta percepção, defendem que a proteção da intimidade e privacidade das pessoas que são vítimas desses crimes pode ser reclamada a partir da noção da *privacy-dignity*, a qual recupera o valor do homem, assentando-se na dignidade individual da pes-

58. FRANCO, Alberto Silva; SILVA, Tadeu Antonio Dix. Op. cit., p. 979-980.

59. Idem, p. 999. Nas palavras dos autores: "As reflexões de Pérez Luño sobre as mudanças paradigmáticas ocorridas no plano jurídico-político e no âmbito dos direitos fundamentais, apontam a nítida emergência, como direitos humanos de terceira geração, de valores histórico-culturais que são conformados por dadas sociedades concretas. O sentimento de respeito aos mortos é, sem dúvida, um destes valores, amoldados na comunidade brasileira – e nas demais de seu entorno cultural –, de maneira arraigada e profunda. Não obstante o respeito devido ao pluralismo existente em nosso meio social – e que consiste princípio informador do Estado brasileiro –, pode-se assegurar que entre nós se espraia um sentido valorativo que referencia a 'dignidade da pessoa morta', na dicção da Primeira Subcomissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal, de 1994 (Ministério da Justiça. Relatório da Primeira Subcomissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal Brasileiro. Brasília: Ministério da Justiça, 1994, p. 29)".

60. Idem, ibidem.

61. Idem, ibidem.

62. Idem, ibidem.

63. Idem, p. 999-1000.

64. Idem, p. 1000.

soa e não mais limitada à visão intrassubjetiva do "ensimesmamento" do indivíduo.[65] Em suma, fundamentam a existência deste bem jurídico nos valores culturais e de solidariedade, os quais acabam por abrigar a noção enraizada na comunidade de dignidade da pessoa morta.[66]

Por fim, Paulo César Busato, baseado na doutrina de Alberto Silva Franco e Tadeu Antonio Dix Silva, afirma que "a partir dos direitos fundamentais, é perfeitamente possível a preservação da incriminação dos crimes contra o sentimento de respeito aos mortos".[67] A interpretação de Busato é bem próxima da apresentada pelos outros dois autores, apenas com uma diferença: para estes o interesse solidário é secundário diante do interesse de dignidade, enquanto para aquele os interesses são equivalentes.[68] Ao analisar os quatro crimes já mencionados, Busato critica o posicionamento generalizado da doutrina de identificar a proteção do sentimento de respeito aos mortos como bem jurídico tutelado, reafirmando seu posicionamento na tutela dos valores constitucionais da dignidade humana e da solidariedade humana.[69]

Em síntese, verifica-se que para a primeira corrente o que se tutela é o sentimento de respeito aos mortos, ao tempo em que a segunda concepção defende que o bem jurídico tutelado é a dignidade da pessoa morta e o valor de solidariedade comunitária. Assim, ainda que a doutrina apresente essas duas vertentes, é perceptível que, tanto de uma forma quanto de outra, se está a tutelar sentimentos (que não deixam de ser valores morais) de respeito e veneração aos mortos, o que traz à

65. Idem, ibidem. Nessa toada, afirmam os autores que: "A dimensão intersubjetiva da dignidade humana é a única passível de ser traduzida como princípio-guia do Estado Social e Democrático de Direito, e a *privacy-dignity* que ela fundamenta, passa a constituir não apenas a garantia de que a pessoa não irá ser objeto de humilhações e ofensas, mas pressupõe também a *afirmação positiva* do pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo (...) É a partir dessas considerações que acontece a conexão entre a *privacy-dignity* e o direito subjetivo de familiares e pessoas próximas a um ente falecido de ver sua sepultura e seu corpo imunes a violações que possam vir a sofrer" (Idem, p. 1001).

66. Idem, p. 1001. Os autores repetem a mesma fundamentação, de forma resumida, nos comentários individuais dos quatro artigos: Idem, p. 1001 (art. 209), p. 1005 (art. 210), p. 1008 (art. 211), p. 1013 (art. 212).

67. BUSATO, Paulo César. *Direito penal – Parte Especial* cit., p. 765.

68. Idem, p. 764-765 e 775 (rodapé n. 37).

69. Idem, p. 766, 771, 775, 780 e 781. Em sentido próximo, é encontrada a doutrina de Josep María Tamarit Sumalla, para quem o bem jurídico protegido nesses crimes "se concreta em el interes social en el respeto a la memória de los difuntos. Tal interes contituye, además de una enraizada valor cultural no necesariamente vinculado a creencias religiosas, una emanación del principio constitucional de dignidade humana" (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.); MORALES PRATS, Fermín (coord.). *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 2055).

baila novos problemas, principalmente no sentido de ser necessário verificar se não se está diante de um bem jurídico aparente, o qual é identificado pelo "uso reificante da linguagem e da adoção de uma perspectiva distanciada",[70] que resulta por ocultar a ausência de um efetivo bem jurídico tutelado pela norma.

4. É POSSÍVEL UM DIREITO PENAL QUE PROTEJA SENTIMENTOS?

Muito já se discutiu sobre as funções do Direito penal,[71] ou, então, perguntou-se acerca do propósito de se ter em uma sociedade organizada em um instituto sancionador. Evidentemente, é impossível viver em sociedade sem normas, as quais objetivam garantir a própria preservação do coletivo social.[72] Todas as regras, independentemente de sua natureza, são formuladas para serem cumpridas, afinal "não existe regra que não implique certa obediência, certo respeito".[73] Isso não implica o reconhecimento de que o sistema jurídico (inclusive o penal) se estruture somente na própria construção normativa. Afinal, um referencial com tal recorte poderia, facilmente, cair em uma construção jurídica afastada do referencial da pessoa humana.

Por tal razão, modernamente, atribui-se ao Direito penal o exercício do controle social do intolerável pela seleção fragmentária de bens jurídicos,[74] haja vista que, historicamente, verifica-se a impossibilidade de delimitar a danosidade social de condutas por infrações morais puramente normativas.[75] Justamente, por tal atividade, é que se exige uma filtragem muito meticulosa sobre o que poderá – ou não – ser identificado enquanto bem jurídico merecedor de tutela penal. De forma antecipada, é imprescindível ao Direito penal atual refutar as concepções que conferem liberdade absoluta ao legislador para "criar" bens jurídicos.[76]

---

70. BECHARA, Ana Elisa. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.* Tese (Livre Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito. São Paulo, USP, 2012. 464 p., p. 347.

71. Um apanhado das principais funções atribuídas ao Direito penal pode ser encontrado em: BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito...* cit., p. 31-41.

72. Nesse sentido, já afirmou Muñoz Conde que: "La norma tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad" (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal.* 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007. p. 39).

73. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 72.

74. Nesse sentido, BUSATO, Paulo César. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos rumos do direito penal contemporâneo – Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 521-522.

75. BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito...* cit., p. 72-73.

76. Para Karl Binding, o legislador detinha liberdade para criar bens jurídicos, haja vista que a norma seria a única fonte de revelação do bem jurídico. Sobre o assunto: COELHO, Yuri

Assim, adotando uma postura em que os bens jurídicos só possam ser "reconhecidos" pelo legislador – isto é, atribuídos a certos bens verdadeiros as adjetivações jurídico e penal[77] –, é preciso delimitar como esse reconhecimento ocorrerá, notadamente, quando se tratar de bens jurídicos supraindividuais. Tentando resolver tal impasse, Luís Greco[78] propõe um mecanismo de verificação por intermédio de solução de três problemas sequenciais: 1.º É possível um conceito político-criminal de bem jurídico?; 2.º Esse conceito político-criminal de bem jurídico pode ser condição necessária para a incriminação?; 3.º Como distinguir bens jurídico coletivos autênticos de falsos bens jurídicos coletivos?[79]

Para solucionar o primeiro problema, Greco apresenta três passos: o primeiro é analisar o grau de importância fundamental do bem jurídico, isto é, se a ausência de tutela penal colocaria em risco a existência ou o bem-estar de alguém. Em segundo lugar, defende ser preciso identificar quem é esse "alguém", o que significa apurar se a tutela protegerá o indivíduo ou a coletividade.[80] Por fim, Greco questiona se este bem jurídico deve ser entendido como realidade fática ou como uma entidade meramente ideal.[81]

Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 43; DAVID, Décio Franco; ZAMBIAZI, Larissa Horn. O papel do bem jurídico e a estrutura do delito no Sistema Penal. BUSATO, Paulo César. *Fundamentos do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 47-48. Talvez, por influência desse raciocínio é que a doutrina nacional em sua larga escala identifica o bem jurídico dos delitos em comento como sendo o sentimento de respeito aos mortos.

77. Nesse sentido, D'AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 17. vol. 80. p. 21. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2009. Nas palavras do autor: "Os bens jurídico-penais não são – ou, ao menos, não devem ser – criados pelo direito. A difícil tarefa do direito penal não está, definitivamente, na sua produção, mas no seu adequado 'reconhecimento'".

78. GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 78-96. Destaca-se que ainda que o texto tenha sido publicado anteriormente (GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 12. vol. 49. p. 89-147. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2004), aqui será feita remissão ao texto mais recente, o qual abre esta nota.

79. A mesma menção é feita em DAVID, Décio Franco; ZAMBIAZI, Larissa Horn. Op. cit., p. 51.

80. Nessa seara está inserida a divisão teórica da delimitação dos bens jurídicos de acordo com sua titularidade. Assim, apresentam-se as teorias monistas e dualistas. Sobre o assunto: BUSATO, Paulo César. *Fundamentos*... cit., p. 58-60.

81. GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade"... cit., 2011, p. 87-88.

No segundo problema, Luís Greco examina se só pode ser punido aquilo que possui bem jurídico, ou seja, podem existir crimes sem bem jurídico? A resposta adotada por Greco segue o pensamento de Claus Roxin, para quem a preservação do bem jurídico como condição para a incriminação é necessária,[82] porém admite três exceções: (a) animais e flora; (b) embriões; (c) futuras gerações.[83]

No último questionamento, Greco aponta a necessidade da identificação de bens coletivos verdadeiros, afirmando que não basta a união de vários bens jurídicos individuais para que se identifique um bem coletivo.[84] Após fechar este percurso, o autor define bens jurídicos como "dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência social, nos limites da ordem constitucional".[85]

Assim, diante deste contexto, é possível passar as propostas da doutrina nacional na filtragem acima elencada. Deste modo, é perceptível que a proposta de identificar o "sentimento de respeito aos mortos" como o bem jurídico tutelável dificilmente passaria pela filtragem da primeira pergunta, notadamente em sua primeira subdivisão. Veja-se: ao questionar se a ausência de tutela penal colocaria em risco

82. Para isso, Roxin faz uma filtragem negativa, demonstrando o que não pode ser considerado bem jurídico. Seus comentários podem ser encontrados em três textos: ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 9-36; ROXIN, Claus. A parte geral do direito penal material. In: ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 3-73; ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 443-458. Os quais se resumem nas 10 proibições listadas em: DAVID, Décio Franco. ZAMBIAZI, Larissa Horn. Op. cit., p. 52. São elas: 1. motivações ideológicas ou que atentam contra direitos fundamentais e humanos; 2. a simples transcrição do objeto da lei; 3. atentados contra a moral; 4. atentado contra a própria dignidade humana não se confundem com lesão de um bem jurídico; 5. sentimentos, salvo os de ameaça; 6. autolesão consciente; 7. leis simbólicas; 8. tabus; 9. objetos de proteção de uma abstração incompreensível; 10. meras violações contratuais. Além dessas vedações, é válido mencionar a reflexão de Juarez Tavares, para quem as funções estatais também não podem ser consideradas bem jurídico (TAVAREZ, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 205 e ss).

83. GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade"... cit., p. 90. Igual ponderação aparece em: GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). *Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 409-410.

84. GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade"... cit., p. 92-96.

85. GRECO, Luís, "Princípio da ofensividade"... cit., p. 89; GRECO, Luís. Breves reflexões... cit., p. 409.

a existência ou o bem-estar de alguém, dificilmente seria aceita uma resposta positiva. Principalmente, pelo fato de que a lesão ao sentimento moral de respeito (enquanto valor ético-social) parece ser melhor tutelável na esfera cível, por intermédio de indenizações.[86] Afinal, não se pode esquecer que o Direito penal é o pináculo punitivo estatal,[87] pois, ainda que não seja o melhor ou mais importante instrumento de controle social,[88] certamente é o mais violento.

Outrossim, uma imposição protetora penal embasada no sentimento (na vertente apresentada por Hungria) poderia vir ao confronto de outra manifestação sentimental, exigindo toda uma análise de sopesamento de sentimentos. Para isto, basta

86. Nesse sentido, não pode ser esquecido que alguns direitos da personalidade se estendem aos mortos. Sobre o assunto, Maria Helena Diniz afirma que: "Os direitos da personalidade são *necessários* e *inexpropriáveis*, pois, por serem inatos, adquiridos no instante da concepção, não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver por dizerem respeito à qualidade humana. Daí serem *vitalícios*; terminam, em regra, com o óbito do seu titular por serem indispensáveis enquanto viver, mas tal aniquilamento não é completo, uma vez que certos direitos sobrevivem. Deveras ao morto é devido respeito; sua imagem, sua honra e seu direito moral de autor são resguardados" (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral do direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 1, p. 136). Assim, é admissível o pedido de indenização por danos morais à pessoa morta, porém, em decorrência do princípio da intervenção mínima do Direito penal, o ilícito civil não corresponde em todos os casos ao ilícito penal. Por isso, a honra do falecido, expressa na doutrina penal como o sentimento de respeito ao morto, além de não caracterizar bem jurídico penal, é melhor tutelável pela alçada cível. A corroborar proposta aqui levantada, é possível indicar o REsp 521.697/RJ, no qual o STJ decidiu sobre o uso indevido da imagem do ex-jogador de futebol Manuel Francisco dos Santos, o "Mané Garrincha". Igualmente, ao realizar pesquisa jurisprudencial no *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (em 18.02.2015) com o termo "vilipêndio cadáver indenização" foram encontrados três processos. Em dois julgados da 2.ª Câmara Cível, discutiu-se a indenização por parte de órgãos públicos, em ambas tendo resultado negativo. Uma delas por inexistência de dolo ou culpa na conduta do agente estatal (ACR 1033146-3, Rel. Lauro Laertes de Oliveira, j. 13.08.2013) e na outra porque não houve prova pela parte autora do ato de vilipêndio (AC 141259-1, rel. Hirosê Zeni, j. 24.09.2003). O terceiro caso, julgado pela 10.ª Câmara Cível (AC 449055-1, rel. Marcos de Luca Fanchin, j. 13.03.2008) merece maior atenção. Trata-se de situação em que o procedimento de tanatopraxia foi realizado de forma voluntária e vexatória pelos agentes funerários. Em outras palavras, configurou um caso típico do crime de vilipêndio a cadáver, mas que foi corretamente resolvido na alçada cível com a consequente indenização.

87. DAVID, Décio Franco. *Doping* em direito penal: existe um bem jurídico a ser tutelado?. *Revista Liberdades*. vol. 10. p. 52 e 60. São Paulo: IBCCrim, maio-ago. 2012.

88. BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito*... cit., p. 66. Ainda sobre a operacionalidade dos instrumentos de controle e de como o Direito exerce tal atividade: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Jerez de La Frontera: Fundación Universitaria de Jerez, 1985. p. 31 e ss.

imaginar a situação hipotética de uma pessoa soltar fogos de artifício para comemorar a morte de um desafeto. Isso ganharia ainda mais relevância se a felicidade – ou sua busca – for analisada sob o viés de direito fundamental.[89] Defender que o bem jurídico tutelável é o sentimento de respeito poderia resultar na imputação dessa conduta no delito de vilipêndio a cadáver, principalmente, se afastar da conduta o dolo específico.[90] Certamente, cogitar-se-ia a necessidade de respeito à pessoa morta como o sentimento de maior valoração. Todavia, se o morto fosse uma pessoa de enorme desprestígio social (v.g., um criminoso contumaz), é bem provável que o resultado da avaliação seria diverso, comprovando-se com essa insegurança sobre o feito a fragilidade do objeto de tutela pela perspectiva de julgamento futuro pelo magistrado.

Além disso, é de se observar que uma tutela pura dos sentimentos colocaria em confronto inúmeras outras formas de respostas individuais emotivas aos fatos cotidianos, o que reforçaria ainda mais a ideia de que o sentimento de respeito aos mortos não passa de um falso bem jurídico. Em síntese, é possível criticar tal postura pela recusa de ter o Direito penal a missão de exercer pedagogia social,[91] pois ainda que seja possível se retirar um viés moral de uma incriminação, não pode ser esse viés a única razão da norma existir.

Sobre a tutela penal de sentimentos, Tatjana Hörnle faz importante crítica dizendo que muitas vezes a tutela de um sentimento se justifica pela imposição de tabus sociais, os quais provocam uma série de reações emocionais muito fortes.[92] Além disso, afirma criticamente que as normas que protegem sentimentos buscam, apenas, evitar estados sentimentais desagradáveis[93] justificados por uma lesão de

89. Sobre o assunto: RUBIN, Beatriz. O direito à busca da Felicidade. *Revista Brasileira de Direito Constitucional: Revista do Programa de Pós-Graduação "Lato Sensu" em Direito Constitucional*. n. 16. p. 35-49. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), jul.-dez. 2010.

90. Ainda que não defenda que o bem jurídico seja o "sentimento de respeito aos mortos" conforme exposição acima, Busato sustenta a inexistência de um dolo específico na conduta de vilipendiar cadáver (BUSATO, Paulo César. *Direito penal – Parte Especial*... cit., p. 784-783). Em sentido oposto, exigindo o dolo específico, por todos: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal*... cit., p. 1020.

91. Conforme o defendido por Hans Welzel (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1997. p. 2). Em sentido próximo, CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 108.

92. HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el STGB. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 395.

93. Idem, p. 392.

direitos individuais ou da agressão à paz pública.[94] Igualmente, tece críticas ao argumento de que o que se protege nessas situações seja o respeito aos mortos (chamado por ela de sentimento de piedade); para a autora "são os direitos dos vivos que permanecem após a sua morte por um período limitado como os direitos sobreviventes" à própria pessoa.[95] Desta forma, resta demonstrada a impossibilidade de tutela de sentimentos pelo Direito penal.

5. REVISÃO CRÍTICA PELA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao realizar a mesma filtragem proposta por Greco com a segunda corrente de objeto de tutela,[96] é possível identificar não apenas a lesão ao bem-estar de alguém (no caso os parentes do falecido) como também demonstrá-lo enquanto realidade fática[97] – o que preencheria as três primeiras divisões do primeiro problema de Greco. Contudo, o bem-estar dos familiares como efeito da dignidade da pessoa morta é apenas outra forma de tratar o sentimento de respeito ao falecido e seus direitos de personalidade.[98] Logo, nesse sentido, a solução da primeira filtragem é apenas aparentemente superada, devendo receber a mesma forma de análise da proposta anterior, motivo pelo qual se reafirma que o melhor mecanismo de controle seria a esfera cível.[99]

No entanto, ao defender que o bem jurídico tutelável é a dignidade da pessoa como reflexo de sua dignidade superveniente à morte, é encontrado um forte argumento para a preservação dos crimes em análise. Primeiramente, verifica-se que este posicionamento supera os filtros apresentados pelas três perguntas de Greco;[100]

94. Idem, p. 387-392.

95. Idem, p. 394.

96. Proposta por Alberto Silva Franco, Tadeu Antonio Dix Silva e, ainda com a ressalva acima apresentada, Paulo César Busato.

97. A realidade fática afasta meras projeções (entidade) ou construções ideais. A dignidade da pessoa morta e a solidariedade detêm realismo em suas concepções, inclusive, em alguns casos, realismo empírico – por exemplo, uma depressão pela morte de alguém próximo ou o auxílio com a presença e suporte emocional a quem perdeu um ente querido).

98. Conforme exposto por HORNLE, Tatjana. Op. cit., p. 394.

99. Conforme nota de rodapé n. 86.

100. Respostas às subdivisões da primeira pergunta: 1. a dignidade humana é fundamental para a preservação de toda a sociedade. A ausência de tutela coloca em risco não apenas o bem-estar de uma pessoa, como de todo o coletivo social; 2. desta forma, o "alguém" protegido não se resume nos familiares do morto, mas se estende à sociedade; 3. a dignidade é humana é, como bem assinala Juarez Tavares, "valor concreto de cada ser humano" (TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de pensa. *Revista Brasileira de Ciências*

além disso, partindo-se do pressuposto que o "*status* de portador de dignidade decorre do simples fato de ser humano",[101] torna-se evidente que a morte, por si só, não encerra toda a forma de expressão da dignidade contida na pessoa em vida.[102] Para tanto, basta ver, a título exemplificativo, a própria superveniência dos direitos da personalidade anteriormente mencionados.[103]

A dignidade humana tem sua materialidade definida pelo conteúdo dos direitos fundamentais à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, ao respeito e garantia de condições mínimas de vida, à autonomia e à igualdade.[104] Porém, nem toda lesão a esses direitos fundamentais caracteriza, automaticamente, uma lesão à dignidade humana;[105] é necessário que ocorra a "violação do núcleo essencial de um destes direitos somada à dominação ou subjugação da pessoa".[106] Deste modo, valendo-se da análise do delito de vilipêndio a cadáver, apura-se que circunstâncias como a apresentada no caso do médico e dos estudantes não infringe a dignidade da pessoa morta, pois não resulta de conduta que tenha subjugado o *status* inerente à pessoa que "habitou" o corpo sem vida. Todavia, condutas em contexto sexual ou de escárnio poderiam facilmente ser encaixadas sob essa filtragem,[107] bem como

---

Criminais. número especial de lançamento. p. 77. São Paulo: Ed. RT, dez.1992), logo é realidade fática. Especificamente, sobre a realidade fática, merece ressalva, o fato de Tavares afirmar que o bem jurídico pode ter aspectos tanto materiais quanto ideais, mas que sua existência só se torna possível quando conferida na relação social em que se manifeste (idem, p. 81). No pertinente ao segundo e terceiro questionamentos, verifica-se se tratar de um verdadeiro bem jurídico pautado na própria estruturação básica da dignidade humana (sobre os direitos que a fundamentam, vide as referências da nota 99).

101. COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 57-58. Idêntico entendimento em: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 49-53.

102. Sobre o assunto, Juarez Tavares afirma que: "Considera-se que o objeto de proteção se estende a qualquer pessoa, independentemente da idade, sexo, origem, cor, condição social, capacidade de entendimento e autodeterminação ou *status* jurídico (não delinquente ou delinquente). Da mesma forma, situam-se nesse objeto tanto o nascituro quanto o morto, ou até mesmo grupos homogêneos minoritários" (TAVARES, Juarez. *Critérios de seleção de crimes*... cit., p. 77).

103. Rodapé n. 84.

104. COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana*... cit., p. 56.

105. Idem, p. 57. No mesmo sentido, ROXIN, Claus. *A proteção de bens*... cit., p. 21-22.

106. COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana*... cit.,

107. A título exemplificativo são indicados dois casos do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: em um deles, o agente introduz um galho no ânus do cadáver e o joga em um riacho, após ter violentado sexualmente a vítima em vida e tê-la assassinado (ApCriml 111089-0,

a "exploração completa de um cadáver para obter material comercializável ou a cremação de um cadáver em um incinerador de lixo",[108] pois se amoldam ao ato de subjugar a condição de pessoa. Nesses casos, não se tutela o sentimento de respeito ao morto, mas sim a extensão sobrevivente de sua dignidade enquanto pessoa humana. Somente em tal perspectiva é possível encontrar fundamentos justificantes de tutela penal nas condutas descritas nos arts. 209, 210, 211 e 212 do CP.

Especificamente quanto ao crime de destruição, subtração ou ocultação de cadáver (art. 211, CP), é necessário frisar que a prática forense não compreende a ocultação de cadáver pelo viés ora exposto. Na grande maioria dos casos, verifica-se que a ocultação do cadáver ocorre com o fim de assegurar a ocultação de outro crime ou sua impunidade.[109] Nesse sentido, pode-se afirmar que este delito estaria mais bem alocado no capítulo dos crimes contra a administração da justiça; inclusive, nesta toada, são encontrados julgados em que os magistrados têm entendido que a finalidade da ocultação de outro crime é inerente à conduta de ocultação de cadáver.[110]

Este entendimento acaba distorcendo completamente o objeto de tutela e a imputação constantes no alusivo delito, por dois motivos: 1. a finalidade de ocultação de crime não é inerente ao crime previsto no art. 211, pois não consta tal motivação específica na conduta. A finalidade de assegurar a ocultação de crime diverso ou

---

1.ª Câmara Criminal, Comarca de Origem: Foz do Iguaçu, rel. Clotário Portugal Neto, j. 25.10.2001). No outro caso, os agentes causam dano aos túmulos de um cemitério, violam três sepulturas e, ao encontrar um corpo recém-enterrado em uma delas enfiam uma cruz em seu abdômen e arrastam o corpo até a estrada rural em frente ao cemitério (ApCrim 328245-3, 4.ª Câmara Criminal, Comarca de Origem: Medianeira, rel. Miguel Pessoa, j. 21.09.2006).

108. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 395.

109. São inúmeras as situações a comprovar este argumento, a título exemplificativo citam-se os seguintes julgados do TJPR: ApCrim 1172940-1, 1.ª Câmara Criminal, Comarca originária: Almirante Tamandaré, rel. Macedo Pacheco, j. 29.01.2015; RSE 1269667-4, 1.ª Câmara Criminal, Comarca de origem: Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, rel. Macedo Pacheco, j. 11.12.2014 (Apenas a título informativo, usando o critério "ocultação cadáver" para pesquisa detalhada no *site* do TJPR em 19.02.2015 foram encontrados 677 casos, selecionando-se nesta referência, os dois primeiros que expuseram no voto os detalhes da consumação do delito de ocultação de cadáver. Muitos outros processos tiveram como objeto de discussão em segundo grau questões processuais, as quais não são pertinentes ao presente estudo).

110. Conforme fundamento das decisões destes dois processos do TJPR: RevCr 570719-5, 3.ª Câmara Criminal, Composição Integral, Comarca originária: Goioerê, rel. Rogério Kanayama, j. 04.11.2010, decisão unânime; RvCr 1190214-4, 3.ª Câmara Criminal, Composição Integral, Comarca originária: Chopinzinho, rel. Sônia Regina de Castro, j. 04.12.2014, decisão unânime.

sua impunidade está claramente definida no rol das agravantes genéricas do art. 61, especificamente no inc. II, *b*. As alíneas do artigo devem ser interpretadas consoante disposição do *caput*, no qual está ressalvado que só se aplicam as agravantes "quando não constituem ou qualificam o crime". Entendimento diverso resta em infração ao princípio da legalidade, ainda que tenha sido expressado em favor do réu;[111] 2. a postura contida nos julgados não está em consonância com a capitulação dos tipos penais, seja pela doutrina majoritária – que defende que o bem jurídico é o respeito aos mortos – seja pela corrente minoritária – que se pauta na dignidade da pessoa humana com efeitos posteriores à morte e solidariedade. Isso apenas reforça a realocação do tipo para capítulo diverso, sem, todavia, existir previsão específica para tanto. Logo, reitera-se a infração ao princípio da legalidade.

Encerrando esta discussão, é válido ressalvar que a destruição ou ocultação do cadáver pode ocorrer em contextos de desrespeito à dignidade acima referida, o que justificaria a tutela no atual capítulo. Porém, seria necessária uma análise específica das circunstâncias e da vontade do agente.[112]

Por fim, resta ainda verificar se o argumento complementar da corrente minoritária sobre o bem jurídico tutelável por tais crimes é aplicável. A segunda parte da proposta de Franco, Silva e, também, Busato pauta a necessidade de imputação às condutas descritas nos arts. 209 a 212 do CP no valor de solidariedade comunitária. A solidariedade deriva do conjunto das crenças e sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade, isto é, são pautados no recorte histórico-cultural.[113]

---

111. Nos dois casos indicados no rodapé anterior, os magistrados afastaram a incidência da agravante genérica do art. 61, II, *b*, CP.

112. Reforçando a dificuldade de identificação dos elementos volitivos da conduta, Hassemer afirma que o dolo decorre de elementos exteriorizados, motivo pelo qual não constitui um fato, mas uma atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico (HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990. p. 909-931). O mesmo posicionamento é adotado por Busato (BUSATO, Paulo César. *Direito penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 404-411).

113. Esse conjunto é chamado por Émile Durkheim de *consciência coletiva* ou *comum*. Nas palavras do autor: "O conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem vida própria; podemos chamá-lo de *consciência coletiva* ou *comum*. Sem dúvida, ela não tem por substrato um órgão único; ela é, por definição, difusa em toda a extensão da sociedade, mas tem, ainda assim, características específicas que fazem dela uma realidade distinta. De fato, ela é independente das condições particulares em que os indivíduos se encontram: eles passam, ela permanece. (...) ela não muda a cada geração, mas liga umas às outras gerações sucessivas. Ela é, pois, bem diferente das consciências particulares, conquanto só seja realizada nos indivíduos. Ela é o tipo psíquico da sociedade, tipo que tem suas propriedades, suas con-

Desde as propostas de Max Ernst Mayer, é verificável a influência da cultura na estruturação das normas jurídicas.[114] Na sua visão, a "norma de cultura é somente o material com o qual o legislador confecciona a norma jurídica",[115] razão pela qual defende ser o Direito o mais potente fator de cultura.[116] Esse viés neokantiano recebe críticas fortes da doutrina,[117] todavia é responsável (com a correta adequação dialética em seus alicerces)[118] por uma estruturação bastante clara das relações humanas e da tutela estatal. No Brasil, essa postura adequada do culturalismo, denominada historicismo axiológico, ganha expoente nos trabalhos de Miguel Reale,[119] principalmente por sua "fórmula" tridimensional.[120] Nesse espeque, admite-se a ideia da norma constituir "o momento culminante de um processo no qual estão em contínua tensão fato e valor".[121] Logo, a realidade jurídica ganha massa corporal com a construção social e sua consequente valoração. Assim, é possível defender que o Direito não sofre de um mero expansionismo, mas de digressões seletivas correspondentes ao evoluir histórico-social, de modo que os valores culturais acabam desempenhando um verdadeiro papel integrador na nomogênese. Em outras

---

dições de existência, seu modo de desenvolvimento, do mesmo modo que os tipos individuais, muito embora de outra maneira" (DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 50).

114. "Todas as normas são produto da cultura." MAYER, Max Ernst. *Derecho penal: parte general*. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de f, 2007. p. 55. Nesse sentido, Mayer defendeu, em trabalho escrito em 1903, que a eficácia externa das normas jurídicas não deriva de seu próprio conteúdo normativo, mas da coincidência entre as normas jurídicas e as normas de cultura (MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 80-84).

115. MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*... cit., p. 61.

116. Idem, p. 63.

117. Principalmente por resultar nos trabalhos nazifascistas de Edmund Mezger. Sobre o assunto, BUSATO, Paulo César. *Direito penal – Parte Geral*... cit., p. 223-227; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 60-69.

118. Inclusive a doutrina crítica reconhece como positiva essa adequação dialética, conforme COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 285-298.

119. Em especial, REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 20 e ss.; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 497 e ss.

120. REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. Sobre a influência dessa vertente de pensamento na dogmática penal, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 97 e ss.

121. REALE JUNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: José Bushatsky Ed. 1974. p. 25.

palavras, o Direito representa, na proposta de Durkheim, um símbolo visível da solidariedade social.[122]

Diante dessa concepção, poder-se-ia afirmar que a solidariedade supera os filtros do primeiro problema traçado por Greco na seguinte lógica: 1. a solidariedade é um valor cujo desrespeito coloca em risco a existência ou bem-estar de alguém; 2. esse alguém poderia ser identificado não apenas como os parentes da pessoa morta, mas também toda a sociedade; 3. esse valor é facilmente identificável como uma realidade fática. Do mesmo modo, restaria superado o segundo problema, pois a solidariedade encontra guarida em um valor identificável enquanto bem jurídico, justamente por se vincular aos direitos e garantias fundamentais[123] – o que superaria de imediato o terceiro problema, haja vista se constituir enquanto valor assentado na própria coletividade (valor de solidariedade).

No entanto, é preciso atentar que a ideia de solidariedade é inerente à sistematização das normas jurídicas e à atividade primordial do Estado. Afinal, se o Estado serve para garantir a sobrevivência e manutenção da sociedade e das pessoas que a compõem,[124] o valor solidariedade estará implícito à coesão social, principalmente nos modelos de sociedade orgânica, como as atuais.[125]

Por tal razão, os aspectos culturais – que nada mais são do que o reflexo da consciência coletiva, sem, todavia, afastar de cada um sua individualidade[126] – influenciarão diretamente na construção da solidariedade social. Repete-se: em sociedades orgânicas (modelo hodierno), o Direito penal não se mostra como o mais

122. DURKHEIM, Émile. Op. cit., p. 31. Nas páginas seguintes, Durkheim comenta a relação entre solidariedade, costumes e direito.

123. Aqui seria possível debater se o conceito de bem jurídico possui uma delimitação positivo ou negativa diante de direitos fundamentais. Todavia, a doutrina mais adequada sobre o tema segue a linha de limitação negativa, motivo pelo qual, não haveria entrave nessa vinculação (excepcional) de bem jurídico penal a direitos fundamentais. Sobre o assunto: PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 77-91; e DAVID, Décio Franco. *Fundamentação principiológica*... cit., p. 56.

124. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5; BUSATO, Paulo César. Por que, afinal... cit., p. 518-519.

125. Como bem explica Ana Lúcia Sabadell, fundamentada na obra de Durkheim, a sociedade orgânica é uma "sociedade complexa, fundamentada na divisão do trabalho, segundo o princípio da especialização. O indivíduo não se vincula diretamente a valores sociais, não está submetido a liames tradicionais, a obrigações religiosas ou comunitárias. A solidariedade cria-se através de redes de relacionamento entre indivíduos e grupos, onde cada um deve respeitar as obrigações assumidas por contrato" (SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 49).

126. Nesse sentido, DURKHEIM, Émile. Op.cit., p. 105-109.

eficaz à preservação da solidariedade.[127] Por isso, ao se adotar um conceito político criminal de bem jurídico, não pode ser esquecido que neste conceito muitos objetos valorados pelas outras esferas do Direito não serão recepcionados pelo sistema jurídico-penal, justamente pela natureza fragmentária e subsidiária deste campo jurídico. O Direito deve servir para preservar o funcionamento harmônico da sociedade,[128] motivo pelo qual a preservação da solidariedade enquanto valor agregador do coletivo é expressão de seu bom funcionamento.[129] É nesse viés que a missão do Direito penal de exercício do controle social deve ser compreendida, notadamente, por ser o instrumento de repressão mais forte que existe no Estado Democrático e Social de Direito.

Contudo, ainda que tais apontamentos pareçam solucionar o problema da identificação do bem jurídico no pertinente aos delitos contra o respeito aos mortos, a temática está longe de ser pacificada. Notadamente, ao cogitar hipóteses de efeitos póstumos às declarações de vontade da pessoa morta, é possível lançar questionamentos de como a intervenção penal trataria casos específicos, tais como: uma disposição na qual o falecido solicite ter seu corpo dividido em partes e enterrado em locais diferentes; ter suas cinzas divididas em partes e jogadas em locais diferentes; deixar em codicilo que deseja ser enterrado com alguma roupa extravagante ou indecorosa; manifestar em documento escrito o desejo de ter o corpo entregue ao canibalismo ou algum ato de necrofilia, entre outras possíveis de se imaginar. Todas essas situações podem parecer aviltantes sob a esfera moral e sentimental, mas, ainda assim, não é possível afirmar que, obrigatoriamente, merecem tutela penal sem passarem por uma análise mais aprofundada.

Além disso, as disposições de vontade são bem tuteladas pelo Direito civil, sendo que se torna no mínimo questionável o fato do Direito penal não permitir que o consentimento da pessoa morta produza efeitos após seu falecimento,[130] ou então

127. Nesses modelos, o Direito Penal é apenas um dos instrumentos de exercício do controle social. Como a sociedade se pauta na cooperação coletiva entre seus diferentes indivíduos, suas sanções têm natureza restitutiva, objetivando a restauração. Sob esse marco teórico, é reforçado o princípio da intervenção mínima. Sobre os detalhes desse modelo social: DURKHEIM, Émile. Op. cit., p. 85 e ss; SABADELL, Ana Lúcia. Op. cit., p. 48-49.

128. "Em definitivo, esse direito tem na sociedade um papel análogo ao do sistema nervoso no organismo. De fato, este tem por tarefa regular as diferentes funções do corpo, de maneira a fazê-las concorrer harmonicamente; ela exprime, assim, naturalmente, o estado de concentração a que chegou o organismo, em consequência da divisão do trabalho fisiológico" (DURKHEIM, Émile. Op. cit., p. 105).

129. "O direito sempre varia de acordo com as relações sociais que rege." DURKHEIM, Émile. Op. cit., p. 109.

130. Sobre a questão do consentimento do ofendido, GALVÃO, Fernando. *Direito penal – Parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 397-400.

recusar o consentimento diante da natureza coletiva do bem jurídico – o que por si só colocaria em xeque se o bem jurídico é realmente supraindividual.

Em síntese, é bastante perceptível que a partir da definição de que o bem jurídico tutelado pelos crimes supramencionados seja a dignidade humana estendida após a morte, pode ser proposto um critério seguro de confirmação de tipicidade de conduta: basta verificar se uma conduta praticada por pessoas vivas estaria definida em um tipo penal. Nesse viés, alguns exemplos acima mencionados tornam-se ainda mais complexos. Ao cogitar a doação de partes – ou da totalidade – do corpo para atos de canibalismo, exsurge um problema quanto à disposição de vontade posterior à morte. É cediço que a autolesão consciente não pode ser punível,[131] logo, se uma pessoa em plena consciência decide voluntariamente cortar um dedo da mão e entregar para outra pessoa que aceita comer a carne também de forma voluntária e consciente, estar-se-ia diante de um delito? É evidente que não há previsão típica para tanto. Porém, como tratar casos como esse e também casos em que isso ocorreria nos atos posteriores à morte do "doador"? O exemplo alemão sobre uma conduta parecida traz essa preocupação à baila.[132]

Problema parecido cerceia os atos de necrofilia. Afinal, se uma conduta sexual consentida não se amolda ao crime de estupro, é possível que o consentimento da pessoa falecida possa legitimar uma conduta sexual com seu corpo após o seu falecimento? A questão poderia ser debatida sobre a abrangência do objeto dos atos de vontade[133] ou sobre a dignidade da pessoa morta, mas ainda assim não responderia satisfatoriamente o problema. Talvez, por questões puramente morais lastradas no sentimento que se preserva sobre os entes queridos falecidos, as respostas aos questionamentos acima levantados seriam negativas. Já para outras situações, o critério indicado facilitaria a resposta. Imagine-se o fato de alguém arremessar fezes em outra pessoa, tal conduta configuraria, a princípio, injúria real (art. 140, § 2.º, CP).

131. Sobre o assunto, ROXIN, Claus. *A proteção de bens*... cit., p. 23.

132. Em março de 2001, Armin Meiwes assassina e se alimenta do corpo de Bernd Juergen Brandes. Segundo Meiwes, houve consentimento expresso por parte de Brandes. Sobre o assunto: PRESSE, France. Começa julgamento de homem acusado de canibalismo na Alemanha. *Folha de S. Paulo*. 3 dez. 2003. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u66223.shtml]. PRESSE, France. "Rezei por nós e o comi", diz alemão acusado de canibalismo. *Folha de S.Paulo*. 3 dez. 2003. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u66241.shtml].

133. Destaca-se que no pertinente à natureza jurídica, a doutrina identifica o testamento como negócio jurídico (cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 333), motivo pelo qual deve obedecer aos critérios de validade constantes no art. 104 do CC. Evidente que as restrições quanto à licitude do objeto também se estendem ao codicilo.

Fazendo o juízo comparativo, se a pessoa que recebesse a conduta estivesse morta, configuraria o delito de vilipêndio de cadáver.[134] Todavia, o uso do arsenal penal de controle social parece exagerado para as duas hipóteses suscitadas.

Embora seja sabido que o legislador deve cogitar hipóteses gerais, um verdadeiro Direito penal democrático não pode fechar os olhos a casos específicos que poderiam perfeitamente acontecer. Por isso, talvez a melhor solução, diante da dúvida sobre a eficácia de intervenção penal nessa esfera, seja retirar os tipos penais comentados do Código Penal e, por consequência, do PLS 236/2012 (ou qualquer outro projeto futuro), fundamentando um maior controle por intermédio de áreas extrapenais, consoante se verificou acima. A pouca ocorrência desses delitos somada à necessidade de respeito ao princípio da intervenção mínima, exige uma maior análise de como as demais esferas do Direito possam atuar como filtros de controle social. Porém, ainda que seja possível identificar um bem jurídico tutelável pelo Direito penal, isso não significará que não devem ser fortalecidas as demais alternativas jurídicas.[135]

6. CONCLUSÕES

Em muitos casos, repensar velhos problemas tem sido uma tarefa abandonada pela dogmática penal, notadamente quando se busca uma reforma "a toque de caixa".[136] A definição de bens jurídicos não pode servir à construção de falsos valores tuteláveis pelo Direito penal, tampouco pode constituir uma verdadeira "caça ao valor correto", devendo passar pela análise criteriosa da necessidade de tutela sobre o valor indicado.

134. A título de comparativo, no ordenamento jurídico penal argentino há a previsão do delito de subtração de cadáver por motivos patrimoniais ("Art. 171. Sufrirá prisión de dos a seis años, el que sustrajere um cadáver para hacerse pagar su devolución."), nesse delito o que se preserva não é o sentimento de respeito aos mortos, mas, sim, a propriedade. Sobre o assunto: ABOSO, Gustavo Eduardo. *Código penal de la República Argentina: comentado, concordado con jurisprudencia*. Buenos Aires: B. de F., 2012, p. 870-871; CREUS, Carlos. *Derecho penal: parte especial*. 5. ed. Buenos Aires: Astrea, 1996. t. I, p. 489-490.

135. Nesse sentido, é válida a afirmação de Luís Greco: "Enquanto não se souber de que maneira operariam as alternativas ao direito penal, não se tem como avaliar se pouca punição é algo ruim, sinônimo de pouca proteção a bens jurídicos, ou algo positivo, sinônimo de fortalecimento da posição jurídica dos cidadãos" (GRECO, Luis. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 44).

136. Sobre os problemas do PLS 236/2012, DOTTI, René Ariel. O Projeto Sarney de Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 20. vol. 99. p. 53-68. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2012.

O julgado com que se inicia o presente trabalho refletiu pouco sobre isso, mas preparou terreno para derrubar o falso bem jurídico "sentimento de respeito" e abrir o horizonte para novas perspectivas. Por tal razão, reitera-se que o presente trabalho não teve o objetivo de esgotar a temática, mas apenas de trazer à baila o debate e suscitar novos questionamentos sobre a tutela penal dos sentimentos e, em especial, dos crimes previstos nos art. 209, 210, 211 e 212 do CP.

Assim, tomando a liberdade de apontar conclusões (certamente passíveis de crítica), pode-se afirmar que o verdadeiro objeto de tutela existente em tais condutas é a dignidade da pessoa humana estendida após a morte. Além disso, pelo fato de que algumas condutas possam configurar tal lesão, pode-se utilizar como um segundo critério para delimitação penal a comparação da prática da conduta contra uma pessoa viva. Isso mantém uma lógica estrutural e proporcional da tipificação das condutas, consoante visto acima. Contudo, ainda que seja possível apurar tal bem jurídico, é sempre válido o alerta de que as outras áreas do Direito estão melhor equipadas para solucionar a grande maioria dos casos em que tais condutas são praticadas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABOSO, Gustavo Eduardo. *Código penal de la República Argentina: comentado, concordado con jurisprudencia*. Buenos Aires: B. de F., 2012.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte speciale*. 14. ed. Milano: Giuffrè, 1997. t. II.

BECHARA, Ana Elisa. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito. São Paulo, USP, 2012. 464 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Tratado de direito penal*: Parte Especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 3.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Direito penal – Parte Especial 1*. São Paulo: Atlas, 2014.

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

_____. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos rumos do direito penal contemporâneo – Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____; COSTA, Fernando José da. *Curso de direito penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CREUS, Carlos. *Derecho penal: parte especial*. 5. ed. Buenos Aires: Astrea, 1996. t. I.

D'ANDRIA, Mario Lucio. *Codice Penale e delle leggi penali*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2012.

D'AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 17. vol. 80. p. 7-34. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2009.

DAVID, Décio Franco. *Doping* em direito penal: existe um bem jurídico a ser tutelado?. *Revista Liberdades*. vol. 10. p. 39-63. São Paulo: IBCCrim, maio-ago. 2012.

_____. *Fundamentação principiológica do direito penal econômico: um debate sobre a autonomia científica da tutela penal na seara econômica*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Jacarezinho, Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2014. 263 p.

_____; ZAMBIAZI, Larissa Horn. O papel do bem jurídico e a estrutura do delito no sistema penal. In: BUSATO, Paulo César. *Fundamentos do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2013.

DELMANTO, Celso et al.. *Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal. Artigos 202.º a 307.º*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. t. II.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

DÍAZ MARTÍNEZ, P. (coord.); CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. *Código Penal comentado: con concordancias y jurisprudencia; actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 2012. t. II.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral do direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 1.

DOTTI, René Ariel. O Projeto Sarney de Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 20. vol. 99. p. 53-68.São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2012.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANCO, Alberto Silva; SILVA, Tadeu Antonio Dix. Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal – Parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Manoel Lopes Maia. *Código Penal português: anotado e comentado, legislação complementar.* Coimbra: Almedina, 1996.

GRECO, Luis. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 75-119.

_____. Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* ano 12. vol. 49. p. 89-147. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2004.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado.* 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

_____. *Curso de direito penal: parte especial.* 10. ed. Niterói: Impetus, 2013. vol. 3.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales.* Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.

HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica.* Trad da 2. ed. alemã Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el STGB. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 383-399.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. 8.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado.* 17. ed. São Paulo: 2005.

_____. *Direito penal: Parte Especial – Dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. vol. 3.

MAGALHÃES NORONHA, Edgar. *Direito penal. Dos crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. vol. 3.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal: parte general.* Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de f, 2007.

_____. *Normas jurídicas y normas de cultura.* Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Manual de direito penal.* 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte especial.* 11. ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

_____. *Derecho penal y control social.* Jerez de La Frontera: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

_____. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Manual de direito penal: Parte geral – Parte Especial*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte especial (arts. 121 a 361)*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 2.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. *Curso de direito penal brasileiro. Parte Especial: arts. 121 a 249*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 2.

PRESSE, France. Começa o julgamento de homem acusado de canibalismo na Alemanha. *Folha de S.Paulo*. 3 dez. 2003. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u66223.shtml].

_____. "Rezei por nós e o comi", diz alemão acusado de canibalismo. *Folha de S.Paulo*. 3 dez. 2003. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u66241.shtml].

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.); MORALES PRATS, Fermín (coord.). *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2002.

REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: José Bushatsky Ed., 1974.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 443-458.

_____. A parte geral do direito penal material. In: ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 3-73.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RUBIN, Beatriz. O direito à busca da felicidade. *Revista Brasileira de Direito Constitucional: Revista do Programa de Pós-Graduação "Lato Sensu" em Direito Constitucional*. n. 16. p. 35-49. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), jul.-dez. 2010.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de pensa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. número especial de lançamento. p. 75-87. São Paulo: Ed. RT, dez.1992.

_____. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.

Referências jurisprudenciais

Supremo Tribunal Federal:

RHC 54486, rel. Min. Leitão de Abreu, Segunda Turma, j. 18.06.1976, *DJ* 10.09.1976, p. 7831; *Ement.* vol. 1033-04, p. 1007; *RTJ* vol. 79-01, p. 102.

HC 59600, rel. Min. Firmino Paz, Segunda Turma, j. 13.04.1982, *DJ* 30.04.1982, p. 4005; *Ement.* vol. 1252-01, p. 163.

RHC 64806, rel. Min. Carlos Madeira, Segunda Turma, j. 20.02.1987, *DJ* 13.03.1987, p. 3881; *Ement.* vol. 1452-01, p. 239.

HC 89238, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 29.05.2007, *DJe*-101 divulg. 13.09.2007, public 14.09.2007, *DJ* 14.09.2007, p. 85; *Ement.* vol. 2289-03, p. 439, republicação: *DJe*-055 divulg. 27.03.2008, public. 28-03-2008).

Superior Tribunal de Justiça:

HC 252.026/MS, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 18.03.2014, *DJe* 28.03.2014.

HC 209.505/PI, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 06.10.2011, *DJe* 24.10.2011.

HC 157.788/ES, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 31.05.2011, *DJe* 08.06.2011.

HC 107.237/SP, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 16.10.2008, *DJe* 10.11.2008.

HC 95.199/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 21.08.2008, *DJe* 15.09.2008.

HC 38.741/GO, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 22.02.2005, *DJ* 21.03.2005, p. 412.

HC 16.280/CE, rel. Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, j. 02.10.2001, *DJ* 15.04.2002, p. 239.

HC 14.071/PE, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. 06.02.2001, *DJ* 25.06.2001, p. 245.

HC 12.913/PE, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. 19.10.2000, *DJ* 18.12.2000, p. 244.

REsp 521.697/RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. 16.02.2006, *DJ* 20.03.2006, p. 276.

Tribunal de Justiça do Estado Do Paraná:

ApCiv 1033146-3, 2.ª Câmara Cível, rel. Lauro Laertes de Oliveira, j. 13.08.2013.

AC 141259-1, 2.ª Câmara Cível, rel. Hirosê Zeni, J. 24.09.2003.

AC 449055-1, 10.ª Câmara Cível, rel. Marcos de Luca Fanchin, j. 13.03.2008.

ApCrim 111089-0, 1.ª Câmara Criminal, Comarca de Origem: Foz do Iguaçu, rel. Clotário Portugal Neto, j. 25.10.2001.

ApCrim 328245-3, 4.ª Câmara Criminal, Comarca de Origem: Medianeira, rel. Miguel Pessoa, j. 21.09.2006.

ApCrim 1172940-1, 1.ª Câmara Criminal, Comarca de Origem: Almirante Tamandaré, rel. Macedo Pacheco, j. 29.01.2015.

RSE 1269667-4, 1.ª Câmara Criminal, Comarca de Origem: Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, rel. Macedo Pacheco, j. 11.12.2014.

RvCr 570719-5, 3.ª Câmara Criminal em Composição Integral, Comarca de Origem: Goioerê, rel.: Rogério Kanayama, unânime, j. 04.11.2010.

RvCr 1190214-4, 3.ª Câmara Criminal em Composição Integral, Comarca de Origem: Chopinzinho, rel. Sônia Regina de Castro, j. 04.12.2014.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O crime de violação de sepultura no direito brasileiro, de Hugo Nigro Mazzilli, *RT* 885/397, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/473 (DTR\2009\472).

Da legitimidade da intervenção penal na ordem tributária

Legitimacy of the criminal actiontax on order

Jaqueline Tortola Ribeiro Sisti

Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Instituto Paranaense de Ensino. Advogada.
jaqueline.trs.adv@gmail.com

Rodrigo Valente Giublin Teixeira

Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UEL (PR). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Paranaense de Ensino. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Advogado e Professor na Graduação, Especialização e Mestrado da UniCesumar.
rodrigo@rodrigovalente.com.br

Área do Direito: Penal; Tributário

Resumo: Como fator de sustentação do Estado e de realização dos direitos fundamentais do cidadão, a cobrança de tributos é legítima num Estado Democrático de Direito, merecendo mesmo a criminalização das condutas que visem furtar-se a este dever. Todavia, nos últimos anos, temos acompanhado a edição de leis de alteram a todo momento as regras de controle das ações criminosas, como aconteceu com a edição da Lei 10.684/2003, a qual prevê a extinção da punibilidade nos crimes de sonegação fiscal mediante o pagamento integral do tributo, a qualquer tempo. Assim, pretende-se verificar, diante do conceito de bem jurídico-penal tributário, se a legislação aplicável se coaduna com os princípios informadores do Direito Penal, mormente o princípio da intervenção mínima.

Palavras-chave: Lei 10.684/2003 - Lei 12.382/2011 - Pagamento do tributo - Tutela penal em matéria fiscal - Descriminalização.

Abstract: As a support factor of State and realization of fundamental rights of the citizen, the collection of taxes is a legitimate Democratic State, even earning the criminalization of conduct aimed shirk this duty. However, in recent years, we have followed the publication of laws change all the time control rules of criminal actions, as with the enactment of Law n. 10.684/2003, which provides for the extinction of punishment for crimes of tax evasion by full payment of the tax, at any time. Thus, we intend to verify, before the concept of tax and legal-criminal, if the applicable law is consistent with the principles informants Criminal Law, especially the principle of minimum intervention.

Keywords: Law 10.684/2003 - Law 12.382/2011 - Pay Tribute - Penal protection in tax matters - Decriminalization.

Sumário: 1. Introdução - 2. Do bem jurídico-penal tributário: 2.1 Corrente patrimonialista; 2.2 Correntes funcionalistas - 3. Da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo - 4. Da legitimidade do Direito Penal em matéria fiscal: 4.1 Críticas ao utilitarismo do Direito Penal; 4.2 Análise crítica do crime de sonegação fiscal; 4.3 Alternativas descriminalizantes - 5. Considerações finais - 6. Bibliografia.

Sisti, Jaqueline Tortola Ribeiro; Teixeira, Rodrigo Valente Giublin. Da legitimidade da intervenção penal na ordem tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 175-199. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

1. INTRODUÇÃO

Conforme os princípios constitucionais que legitimam e orientam a sistemática penal, consolidou-se a ideia de um sistema penal garantista, que resguarda direitos individuais do cidadão. Diante do aspecto minimalista que se impõe ao Direito Penal, o exercício do *jus puniendi* estatal deve ocorrer apenas para criminalizar condutas que efetivamente lesionem ou apresentem grave risco de lesão aos bens jurídicos, evitando-se, assim, arbítrios no exercício do poder punitivo do Estado.

Como sistema garantista que é, com função de indispensável proteção dos bens jurídicos essenciais, não deve o Direito Penal prestar-se ao papel de mero cobrador de impostos, atuando na coerção dos contribuintes ao pagamento dos tributos, já que tal função contraria os postulados constitucionais da dignidade da pessoa e da *ultima ratio*.

Desta forma, o estudo tem por escopo principal a abordagem dos aspectos relevantes da tutela penal da ordem tributária. Para tanto, buscar-se-á analisar as questões relativas ao bem-jurídico penal tributário, verificando suas teorias constitutivas, a fim de perquirir-se qual o objeto protegido pela lei de crimes tributários. Após, pretende-se verificar quais as causas especiais de extinção da punibilidade em matéria fiscal, em vista da Lei 10.684/2003, da Lei 11.941/2009 e da Lei 12.382/2011, e quais suas implicações jurídicas no que concerne aos princípios do Direito Penal. Por fim, tratar-se-á sobre a legitimidade do Direito Penal em criminalizar condutas em matéria fiscal, diante da possibilidade de extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo devido na via administrativa.

2. DO BEM JURÍDICO-PENAL TRIBUTÁRIO

O Direito Penal tem por início e fim a função de proteção dos bens, valores e interesses essenciais da vida em sociedade, para os quais não haveria outro meio de tutela possível.

Conforme preceitua Claus Roxin, a autorização de intervenção jurídico-penal deve resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser objeto do Direito Penal. Sua função essencial reside na garantia de uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.[1]

Esclarece Cezar Roberto Bitencourt que o Direito Penal exerce dupla função: ético-social e preventiva. Exercendo sua função preventiva, o Direito Penal funcio-

1. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, p. 16-17.

na garantindo a segurança e estabilidade da comunidade e reage diante da violação ao ordenamento jurídico com a imposição da pena correspondente, segundo a escala de valores da vida em sociedade e os bens selecionados como indispensáveis, apresentando, assim, os limites de liberdade do indivíduo.

De outra parte, a função ético-social é exercida por meio da proteção dos valores fundamentais da vida social, que se configura com a proteção de bens jurídicos, de forma que, a soma dos bens protegidos constitui a ordem social sobre que se funda a vida comunitária.[2]

Verifica-se, então, que o conceito de bem jurídico surge como fundamento do Direito Penal, a fim de fornecer uma base empírica que propicia a noção dos limites penais. A doutrina do bem jurídico do século XIX, com o nítido objetivo de limitar o legislador penal vai, passo a passo, se impondo como um dos pilares da teoria do delito.

Em uma visão positivista, bem jurídico é tudo o que, na opinião do legislador, é relevante na ordem jurídica, sendo, portanto, sua presença indispensável à configuração do delito. Nos termos desta orientação, o bem jurídico se identifica com o sentido das normas penais, sendo uma vinculação prática da norma.

Já no sentido objetivista, o bem jurídico torna-se um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente, devido ao fato de que a missão do Direito Penal é a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais da ação mais elementares.[3]

Claus Roxin conceitua os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida livre e segura, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. Indica, ainda, que os bens jurídicos podem ser anteriores às definições legislativas, como podem ser por eles criados, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário. [4]

Desta forma, preleciona Luiz Regis Prado que o bem jurídico possui função de garantia e limite ao direito de punir do Estado, pois num Estado Democrático de Direito o legislador deve tipificar tão somente condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo autênticos bens jurídicos. Trata-se de conceito limite na dimensão material da norma penal, que opera uma restrição na atividade legiferante.

O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos, norteada pelos princípios

2. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, p. 07-08.

3. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 45.

4. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 19.

fundamentais da dignidade humana, da personalidade e individualização da pena, da humanidade, da insignificância, da culpabilidade, da intervenção penal legalizada, da intervenção mínima e da fragmentariedade.

Para selecionar o que merece proteção da lei penal, o legislador deve necessariamente levar em conta os princípios penais que são as vigas de sustentação do sistema, que se encontram albergados no texto constitucional e formam o núcleo constitutivo do Direito Penal.[5]

Justamente no conceito de bem jurídico é que se funda o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, pois orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.

Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela de um bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, estas deverão ser empregadas e não as penais. Assim, o Direito Penal assume função subsidiária e a intervenção se justifica quando fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas nos outros ramos do direito.[6]

Para Santiago Mir Puig, o princípio da intervenção mínima trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do Estado social, que deve buscar o maior benefício possível com o menor custo social.

Para proteger os interesses sociais o Estado deve esgotar outros meios menos lesivos antes de recorrer ao Direito Penal, que deve constituir uma arma subsidiária, a *ultima ratio*. Além disso, deve preferir a utilização de meios desprovidos de caráter sancionador, sob pena de diluir-se o caráter de prevenção geral, ante o uso abusivo de sua força mais contundente à liberdade do cidadão.[7]

Desta forma, verifica-se imprescindível à dogmática penal a busca por um conceito de bem jurídico crítico ao ordenamento. Um conceito material de delito hábil a restringir a discricionariedade das maiorias parlamentares detentoras da iniciativa de leis criminalizadoras, devendo o bem jurídico servir, simultaneamente, como fundamento e limite ao *jus puniendi*, sendo corolário do Estado de Direito.[8]

---

5. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal*... cit., p. 60-66.

6. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 13.

7. MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*, p. 93-95.

8. RODRIGUES, Savio Guimarães. *Bem jurídico-penal tributário: a legitimidade do sistema punitivo em matéria fisca*, p. 101.

No campo do Direito Penal Tributário não poderia ser diferente. Partindo-se da premissa do bem jurídico-penal como fundamento e limite ao poder punitivo do Estado, devemos definir qual o objeto de proteção nos crimes tributários, a fim de perquirir se há fundamento suficiente na penalização da sonegação fiscal.

A legitimidade da lei penal tributária depende, assim, de definir-se o bem jurídico tutelado, verificando-se a imprescindibilidade de sua proteção e a conformidade com o arcabouço constitucional, a fim de que, superado o juízo de proporcionalidade penal, possa se definir a proibição de condutas especialmente lesivas que não possam ser resolvidas por outros ramos do direito.[9]

Na seara de conceituar qual seria o bem jurídico-penal protegido nos crimes fiscais, surge intensa controvérsia doutrinária, apresentando-se a corrente patrimonialista e as correntes funcionalistas.

2.1 Corrente patrimonialista

Na gênese do tratamento penal à ordem tributária, a doutrina especializada filiava-se à noção patrimonialista pura do bem jurídico tutelado, segundo a qual os crimes tributários possuem a finalidade de defesa dos interesses do Estado ligados à arrecadação dos tributos, de forma que o bem lesado pela sonegação constitui o próprio crédito tributário oriundo do fato gerador verificado na realidade. O que se defende é a tutela do interesse estatal na obtenção de receitas e o resguardo patrimonial em si, independente de sua finalidade ou destinação.

As doutrinas mais modernas que se filiam à corrente patrimonialista vêm procurando ressaltar os valores e princípios gerais que regem o sistema tributário de uma nação, especialmente o da justiça fiscal. Segundo esta nova visão, não se trataria de lesões ao um patrimônio individualmente considerado, mas a interesses transindividuais relacionados com a atuação econômica e social do Estado.[10]

Neste sentido, Luiz Regis Prado assevera que nos crimes contra a ordem tributária, o bem jurídico protegido é o erário, ou seja, o patrimônio tributário da Fazenda Pública. Porém, adverte que não se deve entender o bem jurídico num "sentido simplesmente patrimonialista ou individualista, mas como bem jurídico supraindividual, de cunho institucional", que visa proteger a política socioeconômica do Estado, como receita estatal, para obtenção dos recursos necessários à realização de suas atividades e que implica também a diminuição das possibilidades de o Estado levar a cabo uma política financeira e fiscal justa.

9. Idem, p. 127.

10. Idem, p. 147-148.

Ademais, embora considere que a função socioeconômica do tributo seja relevante à concepção do bem jurídico-penal tributário, entende que a ideia do bem jurídico não se vincula de *per si* à função por ele cumprida.[11]

Sávio Guimarães Rodrigues lembra que as teorias patrimonialistas se preocupam com a definição de um bem jurídico concreto e palpável, que contribuiria para a compreensão do alcance do tipo penal tributário. Mas critica tal posicionamento, afirmando que a relação tributária decorre de lei, da manifestação de um poder de império, entre a Administração Pública e os administrados.

Desta maneira, o crédito tributário não poderia se confundir com um crédito civil contratual, pois possui caráter coletivo, o que lhe atribui uma série de peculiaridades. Com o delito fiscal está-se obstaculizando políticas fiscais e financeiras, prejudicando o poder de atuação dos governos democraticamente eleitos, o que deve ser considerado na adoção de tipos penais tributários.[12]

Susana Aires de Souza salienta que sob uma concepção patrimonial, é insuficiente o grau de lesividade da conduta individual da fraude fiscal perante a grandeza do bem jurídico patrimônio público, em que um ato fraudulento do contribuinte mostra-se quase insignificante perante a magnitude do patrimônio estatal.[13]

2.2 Correntes funcionalistas

Em contraposição à noção patrimonialista surgiram as correntes funcionalistas, as quais se assentam no repúdio à noção de lesão ao patrimônio, recorrendo à intensa conexão entre a tutela penal e os escopos reconhecidos modernamente aos tributos em um Estado de Direito.

O primeiro viés funcionalista defende ser a própria ordem tributária o bem jurídico tutelado pela lei penal. Desta forma, os crimes tributários são vistos como violação do sistema fiscal, constitucionalmente respaldado pelos princípios de justiça fiscal, progressividade e capacidade contributiva. Tal posicionamento é reforçado pela nomenclatura adotada pela Lei 8.137/1990 que alude aos crimes contra a ordem tributária.

Reputa-se que o tributo é importante instrumento de intervenção na realidade econômica, tanto para a regulação da produção, distribuição e consumo de bens e

11. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*, p. 270.

12. RODRIGUES, Savio Guimarães. Op. cit., p. 149.

13. SOUSA, Susana Aires. Os crimes fiscais. p. 300-301. Apud GUZELLA, Tathiana Laís. *Crimes tributários: aspectos e crítica*, p. 82.

serviços, quanto os meios de intervenção do Estado na economia e a prestação dos serviços públicos. Assim, a violação nas formas de obtenção de receitas tributárias, acarretaria violação dos elementos integrantes da economia nacional.

O segundo viés funcionalista reputa como bem protegido pelos tipos penais as funções do tributo. Considera-se essencial na formulação da teoria do bem jurídico-penal tributário as diversas funções desempenhadas pelo tributo no Estado Social e Democrático de Direito. Os adeptos desta teoria perseguem um bem jurídico que consiga conjugar as funções financeira, social e político-econômica desempenhadas pela espécie tributária.[14]

Hugo de Brito Machado registra que o bem tutelado encontra-se nas funções que o tributo deva exercer de acordo com os dispositivos constitucionais. Desta forma, defende que o bem tutelado é a ordem tributária que possui função de garantir a existência do Estado Social e Democrático, que se constitui como interesse público primário, e não a arrecadação do tributo, que seria interesse secundário.[15]

Outra concepção funcionalista é a que alega ser o tributo um meio que permite a realização de um fim. Os recursos obtidos junto à economia privada permitem ao Estado subsistir e atuar. Assim, o dever de pagar impostos constitui um pressuposto de existência e funcionamento do Estado, o qual se apresenta indispensável ao reconhecimento e à efetivação dos direitos fundamentais de seus cidadãos. Neste sentido, o bem jurídico tutelado seria o próprio sistema tributário.

De fato, para consecução dos serviços públicos essenciais, como educação, saúde, segurança, que reclamam uma resposta afirmativa do aparelho estatal, é mister o emprego de verbas públicas. Assim, a primeira razão de ser da intervenção penal está na garantia dos ingressos tributários, necessários à manutenção do próprio Estado. Proteger a capacidade econômica pública em um contexto de Estado Social e Democrático de Direito representa preservar o poder de ingerência do governo na realidade social, sempre em busca dos objetivos traçados em sua Carta Política.[16]

Desta forma, prevalece a concepção funcionalista, segundo a qual o bem jurídico tributário há de ser o elemento que permite o cumprimento das funções tanto fiscal como extra fiscal do Estado Social e Democrático de Direito. A condição concreta sem a qual resta ameaçado o exercício das políticas fiscais, econômicas e sociais instituídas pelos governos democraticamente eleitos.

Assim, considera-se como bem jurídico tutelado pelo Direito Penal o próprio sistema tributário, concernente à correta arrecadação, à justa distribuição dos ônus

14. RODRIGUES, Savio Guimarães. Op. cit., p. 150-153.

15. MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*, p. 23-24.

16. RODRIGUES, Savio Guimarães. Op. cit., p. 162.

sociais e à direção econômica implantada pelo Estado na sua função de intervenção na economia e conformação do mercado a certos parâmetros constitucionais.

Como instrumento de formação de receita e de implemento das metas socioeconômicas definidas pela Constituição, o sistema responsável por gerir os ingressos fiscais passa a ser concebido como um valor transindividual apto a ser tutelado penalmente. Conclui-se que, conforme Guimarães Rodrigues, "a tipificação da evasão tributária só adquire legitimidade constitucional enquanto protetiva do sistema tributário, bem jurídico coletivo imprescindível à garantia de direitos fundamentais dos cidadãos".[17]

3. DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO

Após verificado o bem jurídico protegido pelos crimes fiscais, passemos à análise da causa especial de extinção da punibilidade nos referidos delitos, a fim de perquirir se a política arrecadatória proposta atende aos ditames constitucionais, especialmente no que se refere ao princípio da intervenção mínima.

A Lei 4.729/1965 foi a primeira a tipificar o delito de sonegação fiscal no Brasil e juntamente com a tipificação previu que o pagamento do tributo efetuado pelo agente antes do início da ação fiscal na esfera administrativa extinguia a punibilidade do agente.

O advento desta lei foi muito criticado pela doutrina à época, que já denunciava o utilitarismo do Direito Penal para servir aos interesses do Fisco, pois considerou-se que a criminalização da sonegação fiscal surgiu no início do governo militar, a fim de assegurar certas metas político-econômicas.[18]

Destaca-se a crítica de Manoel Pedro Pimentel, para quem a Lei da Sonegação Fiscal foi editada com o fito de fortificar o sistema de arrecadação dos tributos, coibindo a sonegação e a evasão mediante a imposição de sanção penal a comportamentos antes punidos como infrações administrativas, ativando-se, assim, o mecanismo de defesa dos interesses estatais na arrecadação de tributos, tornando manifesta a intenção do governo de reprimir os comportamentos lesivos a estes interesses.[19]

A previsão de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo também encontrava resistência na doutrina, que já destacava a violação dos postulados básicos do Direito Penal, em favor dos interesses arrecadatórios do Fisco.

17. Idem, p. 165-167.

18. KALACHE, Maurício. *Crimes tributários: uma análise da estrutura do tipo penal nos artigos 1.º e 2.º da Lei 8.137, de 27.12.1990*, p. 135.

19. PIMENTEL, Manoel Pedro. Crime de sonegação fiscal. p. 260. Apud KALACHE, Maurício. Op. cit., p. 136.

Cumpre ressaltar a posição de Heleno Cláudio Fragoso[20] que considera imoral que o arrependimento após a consumação nos crimes fiscais por meio do pagamento do tributo sonegado tenha o condão de extinguir a punibilidade, mormente em se tratando de crime e fraude perpetrada dolosamente contra o Fisco, que recebeu proteção especial do Direito Penal, devendo essa ser respeitada.

Informa ainda, que a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento teria cabimento apenas em infrações leves, não punidas com pena privativa de liberdade, e que tal medida acaba por comprometer a eficácia intimidativa da lei, funcionando como inevitável instrumento para aumentar o preço da corrupção administrativa.

O regramento da Lei 4.729/1965 perdurou até o advento da Lei 8.137/1990 que, segundo posição majoritária da doutrina, operou a derrogação tácita da Lei 4.729/1965, eis que tratou integralmente da matéria, restando em vigor apenas o seu art. 5.°, o qual determinou a alteração do art. 334 do CP,[21] tema não tratado pela nova lei.[22]

Além de definir os crimes contra a ordem tributária, incluindo tipos ainda não previstos nos arts. 1.°[23] e 2.°,[24] a Lei 8.137/1990 previu a causa de extinção da pu-

20. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *O novo direito penal tributário e econômico*, p. 73.

21. "Art. 334 do CP. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida: (Incluído pela Lei n. 13.008, de 26.06.2014) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. § 2.° Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Incluído pela Lei n. 4.729, de 14.07.1965)."

22. KALACHE, Maurício. Op. cit., p. 135.

23. Art. 1.° da Lei 8.137/1990: "Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação".

24. Art. 2.° da Lei 8.137/1990: "Constitui crime da mesma natureza: I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela de-

nibilidade pelo pagamento do tributo, desde que efetuado antes do recebimento da denúncia. Alargando, assim, o alcance do marco temporal antes previsto.

O regramento referente à extinção da punibilidade em matéria fiscal sofreu algumas alterações legislativas nos últimos anos. Inicialmente, tal previsão foi revogada com a edição da Lei 8.383 de 30.12.1991. Posteriormente, a Lei 9.249/1995 restaurou o pagamento como causa extintiva da punibilidade, quando o contribuinte promovia o recolhimento dos valores antes do recebimento da denúncia.

Em 10.04.2000, sobreveio a Lei 9.964, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal (Refis), e previu em seu art. 15 a causa de suspensão da pretensão punitiva e da prescrição para os crimes fiscais durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos crimes de sonegação estivesse incluída no Refis, desde que a inclusão tivesse ocorrido antes do recebimento da denúncia.[25] E no § 3.°, previu a hipótese de extinção da punibilidade do agente com o pagamento integral do tributo ao fim do parcelamento.[26]

A hipótese de extinção da punibilidade pelo parcelamento ou pagamento integral do tributo antes do recebimento da denúncia perdurou até a edição da Lei 10.684/2003 que, ao contrário dos diplomas pretéritos, não estabeleceu marco temporal para a inclusão no programa de parcelamento ou para pagamento dos débitos vencidos até 28.02.2003.

Em seu art. 9.° previu a suspensão da pretensão punitiva do Estado referente aos crimes tributários previstos na Lei 8.137/1990, durante o período do parcelamento,[27] bem como a extinção da punibilidade do agente pelo pagamento integral do

---

dutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;".

25. Art. 15 da Lei 9.964/2010. "É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.° e 2.° da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal."

26. Art. 15, § 3.°, da Lei 9.964/2010. "Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal."

27. Art. 9.° da Lei 10.684/2003. "É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.° e 2.° da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento."

tributo,[28] o que poderia ocorrer até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme posição doutrinária, e sem estabelecer que o pagamento integral do tributo devesse decorrer no fim do parcelamento.

Desta forma, firmou-se o entendimento que o pagamento do tributo a qualquer tempo teria o condão de extinguir a punibilidade do agente nos crimes tributários, independente de o agente estar incluso em algum regime de parcelamento.

A citada inovação legislativa refletiu de imediato na jurisprudência do STF,[29-30] mormente porque revelou verdadeira *novatio legis in mellius*, cuja consequência é a possibilidade de retroagir para abarcar fatos pretéritos. Assim, todos os casos de parcelamento ou pagamento do crédito tributário após o recebimento da denúncia foram beneficiados, suspendendo-se ou extinguindo-se a punibilidade, conforme o caso.

À luz da citada norma, Antonio Carlos Martins Soares defende a extinção da punibilidade como decorrência lógica da extinção do crédito tributário, ainda que esse tenha ocorrido por qualquer das formas de pagamento, previstas no art. 156 do CTN.[31]

---

28. Art. 9.°, § 2.°, da Lei 10.684/2003. "Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios."

29. "1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido da possibilidade de suspensão da pretensão punitiva e de extinção da punibilidade nos crimes de apropriação indébita previdenciária, admitindo a primeira se a inclusão do débito tributário em programa de parcelamento ocorrer em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a segunda quando o débito previdenciário for incluído – e pago – no programa de parcelamento ordinário de débitos tributários. Precedentes. 2. Questão de ordem resolvida no sentido de declarar extinta a punibilidade do réu em relação ao crime de apropriação indébita previdenciária, pela comprovação da quitação dos débitos discutidos no presente processo-crime, nos termos das Leis 10.684/2003 e 11.941/2009." STF, QO na APn 613, Tribunal Pleno, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15.05.2014, *DJe*-107, publicado 04.06.2014.

30. "(...) 3. Incide, no caso, o entendimento de que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, extingue a punibilidade do crime tributário. Precedente." STF, APn 450, 2.ª T., rel. Min. Teori Zavascki, j. 18.11.2014, *DJe*-028, publicado 11.02.2015.

31. Art. 156 do CTN. "Extinguem o crédito tributário: I – o pagamento; II – a compensação; III – a transação; IV – remissão; V – a prescrição e a decadência; VI – a conversão de depósito em renda; VII – o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1.° e 4.°; VIII – a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2.° do artigo 164; IX – a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória; X – a decisão judicial passada em julgado; XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. Parágrafo único. A lei disporá quanto

Sustenta, assim, que no âmbito do Direito Penal Tributário o postulado genérico da extinção da punibilidade como consequência da extinção do crédito tributário deve ser observado, já que a lei penal é completada pela lei tributária, sendo que a primeira cumpre uma função meramente sancionatória da segunda.[32]

Em 2009, sobreveio a Lei 11.941, que tratou de forma semelhante a legislação tributária federal abarcando no alcance de suas disposições os débitos incluídos no Programa de Recuperação Fiscal – Refis[33], no Parcelamento Especial – Paes[34] e demais programas de parcelamento de débitos tributários e previdenciários.[35]

A citada norma repetiu as disposições existentes até então, prevendo nos arts. 68 e 69 a suspensão da pretensão punitiva nos crimes tributários objeto de parcelamento,[36] bem como a extinção da punibilidade mediante o pagamento integral do débito a qualquer tempo.[37]

---

aos efeitos da extinção total ou parcial do crédito sobre a ulterior verificação da irregularidade da sua constituição, observado o disposto nos artigos 144 e 149."

32. SOARES, Antonio Carlos Martins. *A extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária*, p. 132-133.

33. Lei 9.964/2000.

34. Lei 10.684/2003.

35. Art. 1.º da Lei 11.941/2009. "Poderão ser pagos ou parcelados, em até 180 (cento e oitenta) meses, nas condições desta lei, os débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e os débitos para com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inclusive o saldo remanescente dos débitos consolidados no Programa de Recuperação Fiscal – Refis, de que trata a Lei n. 9.964, de 10 de abril de 2000, no Parcelamento Especial – Paes, de que trata a Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003, no Parcelamento Excepcional – Paex, de que trata a Medida Provisória n. 303, de 29 de junho de 2006, no parcelamento previsto no art. 38 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, e no parcelamento previsto no art. 10 da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, mesmo que tenham sido excluídos dos respectivos programas e parcelamentos, bem como os débitos decorrentes do aproveitamento indevido de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI oriundos da aquisição de matérias-primas, material de embalagem e produtos intermediários relacionados na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – Tipi, aprovada pelo Decreto n. 6.006, de 28 de dezembro de 2006, com incidência de alíquota 0 (zero) ou como não tributados.

36. Art. 68 da Lei 11.941/2009. "É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1.º a 3.º desta lei, observado o disposto no art. 69 desta lei."

37. Art. 69 da Lei 11.941/2009. "Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débi-

Destaca-se que a efetiva mudança trazida pela Lei 11.941/2009, ocorreu pela extensão de aplicação da norma despenalizante a todos os crimes fiscais, independentemente do momento da consumação, ao contrário do que previa a Lei 10.684/2003.

A mais recente alteração legislativa nesta seara ocorreu em 2011, com a edição da Lei 12.382, a qual alterou o art. 83 da Lei 9.430/1996, que dispõe sobre a legislação tributária federal, passando a prever que, na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, é suspensa a pretensão punitiva do Estado durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos crimes tributários estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. Previu, ainda, que se extingue a punibilidade dos referidos crimes quando o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Diante da previsão que restabeleceu o marco temporal de eficácia da norma despenalizante, exigindo que o pedido de parcelamento tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia, nova discussão doutrinária e jurisprudencial se acendeu, no sentido de ter esta norma revogado ou não o art. 9.º da Lei 10.684/2003, bem como os arts. 68 e 69 da Lei 11.941/2009, os quais admitem a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo a qualquer tempo.

Firmando um precedente, o STF julgou os EDcl na APn 516/DF, de relatoria originária pelo Min. Ayres Britto e, após sua aposentadoria, ao Min. Luiz Fux, que em 05.12.2013 acatou a tese segundo a qual o pagamento integral do tributo a qualquer tempo presta-se à extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 69 da Lei 11.941/2009, *in casu*, mesmo após o decreto condenatório, mas antes da publicação do acórdão.[38]

Nos termos deste entendimento, o Min. Dias Toffoli, em Liminar no HC 119.245, já proferira decisão segundo a qual a Lei 12.382/2011 regrou apenas as questões referentes ao parcelamento, não afetando a disposição do art. 9.º, § 2.º,

---

tos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento."

38. "(...) A extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário encontra respaldo na regra prevista no art. 69 da Lei 11.941/2009, que não disciplina qualquer limite ou restrição em desfavor do agente, merecendo, no ponto, recordar a locução do Min. Sepúlveda Pertence no HC 81.929/RJ, julgado em 16.12.2003: 'a nova lei tornou escancaradamente clara que a repressão penal nos crimes contra a ordem tributário (*sic*) é apenas uma forma reforçada de execução fiscal." STF, EDcl na APn 516, Tribunal Pleno, rel. Min. Ayres Britto. Redator do acórdão: Min Luiz Fux., j. 05.12.2013, *DJe* 148, publicado em 01.08.2014.

da Lei 10.684/2003, estando mantida, portanto, a previsão de extinção da punibilidade pelo pagamento integral do tributo efetuado a qualquer tempo.[39]

Desta forma, resta mantida a legislação que permite a extinção da punibilidade pela restituição do valor sonegado, a qualquer tempo, independente de estar o agente incluso em algum regime de parcelamento.

Verifica-se que diante das diversas alterações legislativas, muita controvérsia surgiu em torno desta matéria, que ainda possui outros temas polêmicos. Todavia, podemos verificar que o interesse do Fisco quando da criminalização da sonegação fiscal reside na coerção do contribuinte ao pagamento do crédito tributário, tendo em vista que todas as legislações, com exceção ocorrida em 1991, trouxeram a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, sem considerar o desvalor da ação criminosa, o desvalor do resultado ou o dolo do agente em fraudar o Fisco.

Tal conclusão nos leva à compreensão do utilitarismo do Direito Penal, haja vista que o pagamento do crédito tributário deveria ser cobrado por meio de execução fiscal, que se trata de meio suficiente para tanto e menos gravoso à liberdade do cidadão, ferindo de morte o postulado norteador do sistema garantista penal, qual seja, o princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio*.

Diante desta conclusão se faz imperiosa a discussão a respeito da legitimidade do Direito Penal em ocupar-se dos crimes contra a ordem tributária, por meio do estudo dos aspectos norteadores do sistema penal modernamente aceito.

4. DA LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL EM MATÉRIA FISCAL

Ao analisar qual seria o bem jurídico-penal tributário protegido pelos crimes de sonegação fiscal, em que pese a cisão doutrinária, concluiu-se que os crimes fiscais cuidam da proteção de todo o sistema tributário, entendido como a condição essencial para o exercício das políticas fiscais, econômicas e sociais instituídas pelos governos democraticamente eleitos.

Como condição de validade para os tipos penais, tal concepção se ajusta aos moldes do sistema garantista penal, já que o sistema tributário entendido como condição de existência do Estado Social e Democrático de Direito possui dignidade penal para a criminalização das condutas que atentem contra si.

Todavia, percebemos que as ações despenalizantes propostas, como a citada extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, inevitavelmente, remetem ao

39. STF, *Liminar no HC 119.245/SC*. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 06.09.2013. *DJe*-178, 11.09.2013.

sentido puramente patrimonialista e arrecadatório das normas penal-tributárias, o que retira do sistema penal a legitimidade constitucional para agir, já que o bem violado é todo o sistema tributário, para o qual não basta a restituição dos valores sonegados para purgar-se a mácula causada pelo crime.

Em sua ânsia de arrecadar tributos e injetar dinheiro no caixa, o Estado opera uma inversão dos valores jurídicos essenciais, privilegiando os interesses arrecadatórios, em detrimento dos interesses político-criminais, o que gera, segundo Sávio Guimarães Rodrigues,[40] absurdas incoerências e levam ao questionamento acerca da legitimidade de se utilizar da intervenção penal como agente de cobranças, pois a mesma lei que criminaliza a sonegação fiscal cria mecanismos para que a pena não seja, de fato, aplicada, remetendo-se a pena a um efeito simbólico.

Desta forma, quando as políticas arrecadatórias do Estado têm preferência aos postulados garantistas impostos pela Constituição Federal e a legislação passa a prever meios de livrar-se o criminoso da aplicação da pena, sem valorar a gravidade ou reprovabilidade da conduta do agente, percebemos que o Direito Penal foge à consecução de sua função primária, qual seja, a proteção dos bens jurídicos essenciais, já que incentiva as práticas criminosas, na medida em que, se flagrado na prática do delito, basta ao criminoso efetuar o pagamento do montante devido e ver extinto o *jus puniendi* estatal.

Ora, se a conduta criminosa é tão grave que merece tipificação penal, pois viola bem jurídico essencial à vida em sociedade, qual a razão de se estabelecer uma norma despenalizante, sem qualquer critério de avaliação subjetivo?

Questiona-se, ademais, se o Fisco satisfaz-se com o pagamento do tributo devido, sem incomodar-se com a gravidade do crime ou o desvalor da ação criminosa, não havendo qualquer limite temporal ou quantitativo para operar-se a extinção da punibilidade, por que precisamos de um tipo penal que criminalize tal conduta, quando o ordenamento jurídico pátrio oferece o meio adequado para se obter igual resultado – a execução fiscal – de forma menos gravosa ao contribuinte?

É induvidoso que o sistema penal-tributário, como hoje está posto é flagrantemente contrário ao princípio da intervenção mínima, o qual exige que somente aquelas infrações que atentem gravemente aos interesses do erário devem ser elevadas à categoria de ilícitos criminais. Infrações de gravidade tamanha, para as quais não caberia qualquer forma especial de extinção da punibilidade.

A criminalização da infração tributária deve ser adotada desde que se trate de condutas de ofensividade relevantes à ordem tributária, que se respeite em todos os casos o dogma que garanta o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal.

40. RODRIGUES, Savio Guimarães. Op. cit., p. 179.

A implantação do delito fiscal não deve ser concebida como instrumento arrecadatório, mas como instrumento de justiça penal tributária. Tampouco seria idôneo reconstruir as bases da persecução penal tributária com a implantação do terror nas relações entre o Fisco e o contribuinte.[41]

Para Antonio Carlos Martins Soares a aplicação do princípio da intervenção mínima resguarda o prestigio da ciência penal e da atividade judicante contra os males da impunidade e da insegurança, a que conduz a criação de tipos de comprovada ineficiência e com propósitos de incremento da arrecadação tributária, por isso, muito criticados.[42]

4.1 Críticas ao utilitarismo do Direito Penal

O universo de críticas se mantém no sentido de que a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo é possibilidade alcançada ao sonegador, inexistente em outros delitos contra o patrimônio, o que privilegia especialmente aos interesses do sonegador, e não do Estado. Ademais, apenas aqueles criminosos que possuem recursos financeiros suficientes poderão ver-se livres da consecução penal, "comprando" sua liberdade, restando aos demais responder à ação penal. Situação que viola o princípio da isonomia.[43]

Conforme Antonio Carlos Martins Soares, a criminalização da sonegação significa para o Fisco um *plus*, na medida em que agrava a situação do contribuinte, gerando uma segunda responsabilidade como consequência do mero descumprimento da obrigação fiscal. Antes da preservação da ordem jurídica, da punição ao delinquente e da restauração da paz social, ela visa, predominantemente, coagir o contribuinte a satisfazer as necessidades públicas mediante o pagamento do tributo. Destarte, a sanção penal no campo tributário funciona como indisfarçável instrumento de pressão e cobrança do crédito tributário.[44]

Outro ponto tortuoso no que concerne aos crimes tributários radica na questão da aplicação do princípio da insignificância. Para Francisco de Assis Toledo, o princípio da insignificância, permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância, de forma que o Direito Penal atue apenas onde seja necessário à proteção do bem jurídico, diante de sua natureza fragmentária. Não deve o Direito Penal, portanto, ocupar-se de bagatelas. Diante disso, conclui-se que as condutas

41. SOARES, Antonio Carlos Martins. Op. cit., p. 54-55.

42. Idem, p. 102.

43. HUGO, Maicon Guedes. *Política criminal no direito penal tributário: uma abordagem pela descriminalização substitutiva utilizando o Direito Administrativo Sancionador*, p. 66.

44. SOARES, Antonio Carlos Martins. Op. cit., p. 74.

causadoras de danos ou perigos ínfimos aos bens penalmente protegidos são consideradas materialmente atípicas.[45]

Conforme afirma Paulo Queiroz, ao analisar a proporção entre a conduta praticada e a pena abstratamente cominada, o juiz fará um juízo valorativo sobre a tipicidade material da conduta, recusando curso a comportamentos que, embora formalmente típicos, não o sejam materialmente relevantes.

Desta forma, a aplicação do princípio da insignificância funciona como instrumento de interpretação restritiva, com fundamento no alcance material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial, a proposição político-criminal da necessidade de excluir da persecução penal condutas que, apesar de formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, respeitando-se os princípios norteadores do sistema penal mínimo.[46]

No que concerne aos crimes tributários, a aplicação do princípio da insignificância encontra resistência e críticas da doutrina, diante da desproporção do valor considerado como insignificante para esta espécie de delito quando comparados aos demais crimes patrimoniais.

Hoje, a posição majoritária dos tribunais superiores considera insignificantes os delitos fiscais que não atingem o valor mínimo de débito passível de execução fiscal. Tal valor havia sido fixado por meio da Lei 11.033/2004, que alterou o art. 20 da Lei 10.522/2002, o qual impôs o arquivamento das execuções fiscais relativas a valores inscritos iguais ou inferiores a R$ 10 mil reais. Recentemente, por meio da Portaria Ministerial MF 75/2012, este valor foi elevado para R$ 20 mil reais.

Assim, considera-se que não cabe a persecução penal em função de um débito que não desperta, sequer, uma relevância administrativa. O Estado, ao abrir mão de uma cobrança do crédito indicaria que a atitude do agente não desestabilizou o suficiente o sistema tributário, porque não seria capaz de desvirtuar a política econômica do Estado.[47] Verifica-se, desta forma, que em sede de crimes tributários considera-se o valor de R$ 20 mil reais como insignificante, possibilidade longínqua dos demais crimes patrimoniais.

Tais benesses concedidas aos criminosos fiscais são severamente criticadas pela doutrina, com destaque a Lênio Streck,[48] que há muito denuncia a falta de isonomia e o desprezo aos postulados constitucionais no campo penal e processual penal.

45. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 133.

46. QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*, p. 51.

47. RODRIGUES, Savio Guimarães. Op. cit., p. 93-94.

48. STRECK, Lênio Luiz. *Em Pindorama, furtar R$ 100 é mais grave que sonegar R$ 19.999!*

Em sua coluna da Revista Eletrônica, *Consultor Jurídico*, tece considerações acerca da desproporção na proteção dos bens jurídicos, haja vista que a jurisprudência dominante nos tribunais pátrios aceita a insignificância nos casos em que o crime de sonegação fiscal não supera o valor de R$ 20 mil reais e, por conseguinte, extingue as ações penais, enquanto nos demais crimes patrimoniais, valores realmente insignificantes são condenados a penas privativas de liberdade.

Além disso, discorre sobre a possibilidade de descriminalização por força de portaria ministerial,[49] a qual determina o valor em que não há interesse de a Fazenda Pública ingressar com a correspondente execução fiscal, de forma a servir como parâmetro à insignificância, passando-se, assim, ao Poder Executivo por meio de um de seus Ministérios, a prerrogativa de apontar o que merece ou não a repressão penal.

Considera tal medida inconstitucional por transformar o Ministério da Fazenda em legislador, por violar os princípios da legalidade e da isonomia e por ferir a independência na relação existente entre os poderes.

Por fim, discorre a respeito da extinção da punibilidade pela restituição dos valores sonegados e considera absurda a discrepância existente entre o tratamento dado aos crimes patrimoniais sem prejuízo e à sonegação fiscal.[50]

Benesses não estendidas aos crimes de furto, por exemplo, em que não há violência contra a pessoa, os quais estão sujeitos ao enfrentamento do processo penal, cabendo ao agente apenas redução de pena no caso de restituição do objeto do crime.

Diante dos aspectos apontados, verifica-se o quão discrepante é o tratamento dado aos criminosos fiscais em comparação aos demais criminosos patrimoniais. O que nos remete à reflexão e a questionar se a adoção de tipos penais que criminalizem a sonegação fiscal são, de fato, necessários como forma de pacificação social e de proteção de bens jurídicos essenciais, já que o próprio Estado cria mecanismos de ver-se livre o sonegador, sem observar qualquer aspecto jurídico-criminal de necessidade de aplicação da pena.

Ademais, se ao Estado basta a restituição do valor sonegado para encerrar a persecução penal, sem estabelecer nenhum critério objetivo para limitação na concessão do benefício, verifica-se que o escopo primário da instituição de crimes fiscais radica na arrecadação tributária e não na reprovabilidade da conduta do agente ou sua reestruturação moral e social, o que viola frontalmente os princípios norteadores do sistema penal.

49. Portaria MF 75/2012.

50. STRECK, Lênio Luiz. Op. cit.

Não se pode olvidar, ainda, que para crimes de *menor potencial ofensivo*, em que há a aplicação de medidas despenalizantes previstas na Lei 9.099/1995, há fixação de limites para concessão dos benefícios como, por exemplo, na transação penal é necessário que o agente seja primário, não tenha se beneficiado nos últimos cinco anos com a transação e que o juiz considere ser a adoção da medida necessária e suficiente,[51] enquanto para os crimes fiscais ocorre justamente o oposto.

Veja-se, para conceder benefícios despenalizantes aos crimes de menor potencial ofensivo há limites temporais e qualitativos. Todavia, na concessão de benefício aos sonegadores não há qualquer limite ou juízo de valor. Ao contrário, pago o valor integral do tributo, e agora sem qualquer limite temporal, deve o julgador extinguir a punibilidade do agente sem proferir qualquer juízo valorativo.

Ante todas estas considerações, o que se vê é a instrumentalização do sistema penal em função de finalidades extrapenais. Diante disso, alguns autores sustentam a despenalização formal, submetendo-se os crimes contra a ordem tributária à regulação por outros ramos do direito, como o civil, o administrativo e o fiscal, escapando-se da esfera penal, ao substituir-lhes as penas criminais por outros tipos de sanção.[52]

4.2 Análise crítica do crime de sonegação fiscal

Ao se analisar detidamente os delitos de sonegação fiscal (arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/1990), bem como as respectivas penas impostas, verificamos que a criação de tal tipo penal, além de ferir de morte os postulados mais caros ao sistema garantista penal, ante o seu escopo arrecadatório, privilegia especialmente os interesses do sonegador, na medida em que as fraudes perpetradas com o fim de sonegar tributos, muitas vezes recebem penas mais brandas que os tipos de falso genéricos previstos no Código Penal.

Citando alguns exemplos, verifica-se que o crime de falsificação de papéis públicos, nos termos do art. 293 do CP, recebe pena de até oito anos, por sua vez, a sonegação fiscal baseada em falsificação de papéis públicos, a pena máxima não

51. Art. 76 da Lei 9.099/1995. "Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (...) § 2.º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida."

52. GUZELLA, Tathiana Laís. Op. cit., p. 172.

passa dos cinco anos. Outro exemplo, o crime de falsificação de selo ou sinal público previsto no art. 296 do CP e o crime de falsificação de documento público, descrito no art. 297 do CP, têm previsão de pena máxima de seis anos, enquanto que perpetrar estes tipos de falsidade com o fim de sonegar tributos, a pena não passa dos cinco anos.

Percebe-se, portanto, que o crime específico de sonegação, que deveria ter uma reprimenda maior, em razão de sua maior reprovabilidade, justamente o motivo de se prever um tipo específico, traz penas mais amenas, contrariando a sistemática penal, já que, além das penas mais brandas, há uma série de benefícios exclusivos aos sonegadores como a já citada aplicação do princípio da insignificância aos delitos que não ultrapassem o valor de R$ 20 mil e a extinção da punibilidade pelo pagamento integral do tributo a qualquer tempo.

Quanto ao tema, Maicon Guedes Hugo afirma que a legislação tributária somente foi criada no intuito de beneficiar os sonegadores fiscais, quando o objetivo, na verdade, é puni-los de forma a dissuadir a prática da sonegação fiscal.

E frisa que, ao admitir-se a extinção da punibilidade sobre o crime tributário, seja por qualquer motivo, o ardil verificado para a supressão ou redução do tributo também resta impune, pois integra o tipo penal mais amplo. Fazendo com que as falsidades perpetradas, independente de gravidade ou do valor desviado, sejam esquecidas diante do afastamento do *jus puniendi* estatal.

Ao passo que, se em lugar da previsão de extinção da punibilidade houvesse a descriminalização dos delitos fiscais, deixando-se os ilícitos fraudulentos a cargo dos dispositivos do Código Penal, tal impunidade não ocorria, pois o sonegador quitaria os débitos com a Fazenda na forma prevista na Lei de Execução Fiscal, seja voluntária ou coercitivamente, e seria processado criminalmente pela fraude praticada contra a Administração Pública, de forma que não poderia ver-se livre da persecução penal simplesmente pagando o valor sonegado.[53]

Ante a necessidade de discutir-se a descriminalização formal dos crimes de sonegação fiscal, passemos a analisar as alternativas propostas a fim de manter-se o rigor do sistema arrecadatório, sem ferir os princípios norteadores do Direito Penal, preservar seu caráter educativo e preventivo e afastar a sensação de impunidade que permeia os crimes sonegação fiscal.

4.3 Alternativas descriminalizantes

Buscando-se soluções reais no ordenamento jurídico, o exame de alternativas descriminalizantes torna-se de fundamental importância, uma vez que constatada

53. HUGO, Maicon Guedes. Op. cit., p. 98-99.

a ineficácia do sistema de penas do atual Direito Penal Tributário, fica evidente a necessidade de se refletir sobre o tema.

Se o próprio ordenamento jurídico cria mecanismos despenalizantes e se ao Estado basta o recolhimento do tributo para encerrar o processo penal, fica evidente o objetivo de reaver o valor sonegado, para o qual o ordenamento jurídico possui o instrumento adequado: a execução fiscal. Devendo-se preferi-la ao processo penal, em observância ao princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio*.

Neste sentido, Antonio Carlos Martins Soares afirma que a criminalização do não recolhimento do tributo constitui uma opção legislativa equivocada. A repressão a estas transgressões, tradicionalmente, coube ao Direito Administrativo, onde estas condutas tinham tratamento punitivo adequado, conforme o modelo constitucional dos valores da tutela jurídico-penal.

Frisa que o legislador pátrio desprezou o princípio da intervenção mínima e colocou-se na contramão das tendências penais modernas, já que o fundamento básico de atuação do Direito Penal deve limitar-se aos bens jurídicos fundamentais que exigem, como premissa básica para incidência das normas penais, o critério da necessidade social.

Defende, assim, que uma das soluções para o fenômeno legislativo inflacionário é a descriminalização de condutas, cujos tipos penais perderam ou diluíram a sua utilidade social, mantendo-se a criminalização das condutas fraudulentas por meio dos tipos já descritos no Código Penal, previstos no Título X – dos crimes contra a fé pública – ou no Título XI – dos crimes contra a Administração Pública.

Nesta hipótese, duas opções se apresentam: o banimento da norma anacrônica em relação ao ordenamento penal e a readaptação jurídica da norma incriminadora, transferindo-a da esfera penal para outra de grau de ilicitude inferior.[54]

Por sua vez, Tathiana Laíz Guzella informa que a adoção da pena privativa de liberdade aos crimes tributários funciona simplesmente para incutir temor ao cidadão, revelando o caráter utilitarista do Direito Penal. Lembra que, quando o criminoso responde ao processo penal, sem extinção ou suspenção da punibilidade pelo pagamento ou parcelamento do tributo devido, se condenado, frequentemente, as penas privativas de liberdade são convertidas em penas alternativas, nos termos do art. 44 do CP.[55]

---

54. SOARES, Antonio Carlos Martins. Op. cit., p. 101-102.

55. Art. 44 do CP. "As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso;

SISTI, Jaqueline Tortola Ribeiro; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Da legitimidade da intervenção penal na ordem tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 175-199. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

Conclui, assim, que a intervenção penal na esfera tributária resta inócua, pois com tantos meios alternativos à pena privativa de liberdade, restam poucos infratores condenados à prisão, o que reforça o sentimento de impunidade reinante na sociedade brasileira, pois se verifica que, embora haja a previsão da restrição de liberdade aos sonegadores, tal medida foi criada para não ser utilizada.[56]

Quanto às alternativas despenalizantes, informa que uma das soluções apontadas é a aplicação de multas de natureza administrativa em substituição às penas privativas de liberdade, já que a aplicação de pesadas multas afetaria de forma mais contundente as finanças do sonegador e poderia ter um efeito educativo mais robusto.

Outra opção salientada é a previsão para os crimes tributários tão somente de pena restritiva de direitos, a fim de que o sonegador exerça prestação de serviços em favor da comunidade na qual se encontra inserido, sem a possibilidade de o criminoso furtar-se à aplicação da pena mediante o pagamento do valor sonegado. Assim, manter-se-ia o caráter educativo e preventivo da previsão penal e não haveria a ameaça da pena privativa de liberdade, preservando as garantias fundamentais do indivíduo.[57]

Como meios alternativos para solucionar os conflitos tributários, Lídia Rodrigues Ribas, defende a realização de campanhas educativas de conscientização social, proporcionando à coletividade o discernimento necessário sobre o controle administrativo e do destino das verbas arrecadadas. E para reparação dos danos causados pela infração tributária, sugere a utilização de acordos, transações, conciliações, arbitragem etc., a fim de efetivar condições para evitar a prática crescente de fraudes, cujas repercussões penais produzem cada vez menor efeito.[58]

Por fim, como forma de combater o uso simbólico do Direito Penal, Maicon Guedes Hugo propõe a adoção do Direito Administrativo Sancionador, modelo já utilizado em países como França, Espanha e Alemanha. Trata-se de um ramo do direito híbrido, que visa penalizar aos criminosos tributários apenas com imposição de multas ou outras penas restritivas de direitos, sem os dogmas do Direito Penal.

Preserva princípios essenciais de garantias do indivíduo, como a legalidade, *in dubio pro reo*, proporcionalidade, irretroatividade, *non bis in idem*, entre outros. Ape-

---

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente."

56. GUZELLA, Tathiana Laís. Op. cit., p. 152-153.

57. Idem, p. 185.

58. RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Direito penal tributário: questões relevantes. p. 132. Apud GUZELLA, Tathiana Laís. Op. cit., p. 185.

sar de seguir parâmetros idealizados pelo Direito Penal, o Direito Administrativo Sancionador encontra lugar de independência, com princípios e normas próprias.

As sanções a serem aplicadas pelo Direito Administrativo Sancionador seriam: medidas de polícia, para coibir práticas ilícitas; medidas rescisórias, para retornar ao *status quo ante*; medidas de ressarcimento ao erário e, por fim, medidas coativas e preventivas. As medidas de ressarcimento teriam a necessidade de reparar o dano, recompondo o Estado do prejuízo sofrido pela ilegalidade. Possui conotação de responsabilidade civil e inexiste o caráter disciplinar aflitivo do Direito Penal.[59]

Ante o exposto, podemos verificar que o atual sistema de penas resta ineficaz na prevenção dos crimes fiscais, pois o sonegador não teme à pena privativa de liberdade, mas às multas de natureza administrativa que são muito mais severas. Além disso, gera grandes desigualdades, pois, no campo penal, haverá aplicação de pena somente àqueles que não tiverem meios de quitar o débito fiscal, os quais não se beneficiarão da causa especial de extinção da punibilidade.

O que se vê, portanto, é a inversão de valores operada com o fim de incrementar a arrecadação tributária, levando uma parte da doutrina a defender a descriminalização desta espécie delitiva.

Embora aqui se ventile a possibilidade de despenalização dos crimes de sonegação fiscal, tal entendimento possui grande divergência doutrinária a respeito de sua plausibilidade de aplicação na sociedade brasileira, sendo uma possibilidade tímida, existente apenas nas discussões no campo das ideias.

Percebe-se neste diapasão, a existência de duas correntes opostas. Uma voltada ao Direito Penal clássico, a tutelar bens jurídicos individuais, buscando-se um Direito Penal mínimo; e outra voltada à simbologia do Direito Penal do mundo moderno, com bens jurídicos difusos, voltada à ideia de um Direito Penal máximo.

A segunda posição causa grande preocupação na esfera do direito, na medida em que acarreta a sobrecarga de leis criminalizantes, de pouca ou nenhuma eficiência, motivadas mais pela oportunidade da intervenção jurídica com efeito simbólico, do que propriamente pelos princípios constitucionais.[60]

Verifica-se, todavia, que existem alternativas para tratar dos ilícitos tributários, mantendo-se a política fiscal arrecadatória, sem ferir as garantias individuais ou os postulados do Direito Penal, mormente o princípio da *ultima ratio*, pois, havendo alternativas viáveis para coibir as ações ilícitas por outros ramos do direito, deve-se preferi-las ao Direito Penal, meio que atinge de forma mais grave a dignidade dos cidadãos.

---

59. HUGO, Maicon Guedes. Op. cit., p. 135-141.

60. GUZELLA, Tathiana Laís. Op. cit., p. 172.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir deste estudo, pretende-se fortalecer o debate acerca da tutela penal da ordem tributária, haja vista que hoje o Direito Penal vem sendo utilizado pelo Estado como mero cobrador de impostos, pois ocorrido o ilícito penal, basta ao transgressor efetuar o pagamento integral do tributo para ver extinto o *jus puniendi* estatal, esquecendo-se da fraude perpetrada, independente do valor sonegado ou da gravidade da conduta criminosa.

Desta forma, buscou-se trazer à baila o debate acerca da legitimidade do direito penal em matéria fiscal, diante do princípio da *ultima ratio*, pois ao permitir que se proceda à extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, sem considerar o desvalor da ação criminosa, o Direito Penal perde sua função de proteção, já que tal possibilidade, com o fim de incrementar a arrecadação, retira, por outra via, o caráter da prevenção geral da pena para os crimes tributários.

Constatou-se que, como forma de proteção a todo o sistema tributário, o Direito Penal possui legitimidade para ocupar-se dos ilícitos fiscais. Todavia, o que se percebe é que a atual política arrecadatória, tem utilizado o Direito Penal com finalidades extrapenais, o que viola o dever constitucional de exclusiva proteção dos bens jurídicos essenciais.

Diante deste cenário, emerge na doutrina, ainda que de forma tímida, teorias a respeito da despenalização dos crimes fiscais, mediante a aplicação de sanções de caráter eminentemente pecuniárias ou restritivas de direitos, que não colocam em risco a liberdade do cidadão, mediante a imposição de penas privativas de liberdade que impingem os dogmas do Direito Penal ao contribuinte inadimplente.

6. BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – *EDcl na APn 516/DF*, rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 05.12.2013. *DJe*-148, 01.08.2014. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia]. Acesso em: 30.01.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – *Liminar no HC 119.245/SC*, rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 06.09.2013. *DJe*-178, 11.09.2013. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia]. Acesso em: 25.01.2015.

FRAGOSOS, Heleno Cláudio. O novo direito penal tributário e econômico. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. p. 63-88. Rio de Janeiro, 1965.

GUZELLA, Tathiana Laís. *Crimes tributários: aspecto e crítica*. Curitiba: Juruá, 2011.

HUGO, Maicon Guedes. *Política criminal no direito penal tributário: uma abordagem pela descriminalização substitutiva utilizando o Direito Administrativo Sancionador*. 2007. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Curitiba: 2007, 173 p.

KALACHE, Maurício. *Crimes tributários: uma análise da estrutura do tipo penal nos artigos 1.º e 2.º da Lei 8.137, de 27.12.1990*. Curitiba: Juruá, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2008.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RODRIGUES, Savio Guimarães. *Bem jurídico-penal tributário: a legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli (orgs. e trad.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SOARES, Antonio Carlos Martins. *A extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. Em Pindorama, furtar R$ 100 é mais grave que sonegar R$ 19.999! *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo: 29.01.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-29/senso-incomum-pindorama-furtar-100-grave-sonegar-19999]. Acesso em: 05.02.2015.

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

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Artigo 83 da Lei 9.430/96 e artigo 34 da Lei 9.249/95: elementos para uma crítica ao direito penal tributário vigente, de Cristina Maria Suter Correia da Silva; Eliezer Gomes da Silva e Marcelo Alves de Souza – *RT* 752/405-424, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 5/149-269 (DTR\1998\269);
- Responsabilidade penal tributária e a missão do direito penal no estado democrático de direito, de Auriney Uchôa de Brito – *RT* 886/427-444, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 5/117-135 (DTR\2009\509); e
- Retroatividade ao art. 34 da Lei 9.249/95 a todas as hipóteses de crimes contra a ordem tributária, de Ives Gandra da Silva Martins – *RT* 737/503-518, *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário* 8/867-886 (DTR\1997\136).

A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica

The legal inconvenience of the inadmissibility of illegal evidence by your physical removal of the process and the continuity of the judge had her knowledge. Reflections about impact of issue in the criminal prosecution of economic crimes

Maria Edith Camargo Ramos Salgretti

Pós-graduada em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduada em Direto Penal e Processual Penal, pelas Faculdades Metropolitanas Unidas, em que igualmente se graduou. Advogada.
mecrs06@gmail.com

Dedico o presente trabalho ao meu melhor amigo, o Advogado Luiz Antonio Sampaio Gouveia, que é a razão mais significativa do meu amor pelo Direito. Dedico-o, igualmente, à minha querida amiga e Mestra, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, exímia socióloga e antropóloga que tanto acrescenta ao IBCCrim e a jovens corações que como o meu, um dia ela conquistou, convidando-me para a travessia de uma ponte que me levaria à pesquisa. Assim, mostrando-me que uma simples janela pode se transformar em uma porta sempre aberta para a busca incessante de conhecimento, o que nos torna eternamente aprendizes.

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O presente estudo teve como objetivo analisar o impacto do veto presidencial ao § 4.º do art. 157 do CPP, no âmbito do direito penal econômico. O dispositivo vetado previa a substituição do magistrado contaminado, por outro, que não tivesse tido contato com a prova ilícita. Levanta-se a hipótese de que o mero desentranhamento físico das provas ilícitas não é suficientemente apto a garantir a imparcialidade do magistrado. Realizado o levantamento

Abstract: The present study aimed to examine the impact of presidential veto of § 4 of article 157 of the Criminal Procedure Code under the Criminal Economic Law. The article vetoed provided the replacement of contaminated magistrate on the other that had not contact with the illegal evidence. The hypothesis is that the mere disemboweling of illegal evidence is not enough to ensure the impartiality of magistrate. Conducted the literature

Salgretti, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 203-240. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

bibliográfico sobre o tema em questão, buscou-se identificar os retrocessos advindos do veto no âmbito do direito moderno. Para tanto, houve leitura minuciosa de doutrinas e artigos de Direito, Sociologia e Psicologia, além de estudo jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Provas ilícitas - Veto presidencial - Princípio da imparcialidade - Direito penal econômico - Insegurança jurídica.

survey on the topic, we sought to identify the veto setbacks, which guarantee the principle of impartiality. For both, there were reading doctrines and articles of Law, Sociology and Psychology and jurisprudential study.

KEYWORDS: Illegal evidence - Presidential veto - Principle of impartiality - Criminal economic law - Legal uncertainty.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Consequências do veto presidencial ao § 4.º do art. 157 do CPP, ante a sistemática probatória para apuração de crimes em direito penal econômico - 3. Comprometimento da imparcialidade do juiz quando influenciado pela ciência da prova ilícita, enquanto restrito à sua condição de ser humano - 4. A (im)parcialidade do magistrado - 5. (In)segurança jurídica, credibilidade do Poder Judiciário e o princípio da confiança - 6. Considerações finais - 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO[1]

O septuagenário Código de Processo Penal, redigido por Francisco Campos e instituído pelo Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941, auge do Estado Novo de Getúlio Dornelles Vargas, no ano de 2008, sofreu profundas modificações, notadamente no regramento do sistema probatório, após longa tramitação do Projeto de Lei 4.205/2001, do qual adveio a então promulgada Lei 11.690, de 10.06.2008, que, entre outras alterações, conferiu nova redação ao art. 157 do CPP, que define e tutela o destino das provas de natureza ilícita.[2]

A reforma trouxe avanços e retrocessos ao processo penal brasileiro; mais retrocessos do que avanços, diga-se de passagem. Havia, todavia, uma questão nela ins-

1. Trabalho avaliado com nota máxima pela Banca Examinadora do VII Curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico, realizado pelo Instituto de Direito Penal Econômico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

2. Art. 157 do CPP: "Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1.º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2.º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3.º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente".

SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 117, ano 23, p. 203-240. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

culpida que representava grande progresso ao sistema probatório no que atine ao regramento de provas ilícitas, sob a perspectiva da não contaminação do magistrado que dela tivesse conhecimento.

Tratou-se do § 4.º do art. 157 do CPP, vetado pelo Presidente da República, o qual previa que o magistrado que tomasse conhecimento do conteúdo da prova declarada inadmissível, não poderia proferir sentença ou o acórdão, devendo ser substituído por outro isento de parcialidade: "Art. 157. (...). § 4.º *O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão*" (vetado). Para tanto, eis, na íntegra, as razões do veto Presidencial, extraídas do sítio da Presidência da República:[3]

"Razões do veto. O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada [a referência do Presidente da República a decisão coligada, em verdade, é decisão colegiada, da Turma do Tribunal competente para o julgamento considerado na espécie, em questão]".

Como se viu, o fundamento do veto se deu sob a assertiva de que o escopo da reforma processual de 2008 era imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho processual penal e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. Isso porque, para o Presidente da República, com base nos pareceres do Ministério da Justiça e da Advocacia-Geral da União, a substituição do juiz contaminado por outro que não conhecesse o caso, contrariaria o fundamento da reforma – posto na celeridade processual –, mitigando-se, conseguintemente, o interesse público dela advindo.[4]

3. Mensagem 350, de 09.07.2008.

4. Novamente reproduz-se trecho do veto, advindo da Mensagem 350, de 09.07.2008: "Senhor Presidente do Senado Federal. Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1.º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei 4.205, de 2001 (37/2007 no Senado Federal), que 'Altera dispositivos do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências'. Ouvidos, o Ministério da Justiça e a Advocacia-Geral da

Outro argumento do Presidente para justificar o veto ao § 4.º, cingiu-se à assertiva de que o magistrado afastado do julgamento da matéria, por conta de ter tomado conhecimento do conteúdo ilícito de determinada prova, em sede monocrática, posteriormente, poderia vir a ter que proferir seu voto em decisão colegiada.[5] Questão que não se mostra plausível porque se o juiz de primeiro grau é afastado do julgamento da matéria, logicamente, não proferirá voto no processo, quando em segunda instância, porque, em regra, sempre estará, pelo comum do regimento de nossos tribunais, impedido de julgar. Eis, para tanto explanar, o exemplo do magistrado de segundo grau de jurisdição que, impedido, por esta razão, é automaticamente afastado da relatoria e não pode proferir voto na decisão colegiada, sendo, assim, substituído por outro julgador, no colégio recursal para que não se incida em nulidade absoluta.[6]

Mas a questão principal que embasou o veto e que causa estranheza e indignação é a busca infundada e desenfreada por celeridade.

Não se nega que a atual tendência do desfecho processual, após o advento da EC 45, de 30.12.2004, que acrescentou ao rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, o inc. LXXVIII no art. 5.º, é garantir rapidez e presteza na tramitação de processos judiciais e administrativos. Todavia, tal preceito não justifica a cabal supressão da cláusula constitucional do *due process of law*, na qual estão englobados todos os princípios constitucionais, explícitos e implícitos; notadamente porque, só há razoável duração do processo, quando há respeito aos ditames instrumentais em direito estabelecidos.[7]

União manifestaram-se pelo veto ao seguinte dispositivo: § 4.º do art. 157 do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (...)".

5. É o que se depreende da dicção do Presidente: "(...). Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada".

6. "Exceção de suspeição. Imparcialidade. Instrução criminal e sentença anuladas em apelação. Renovação da instrução pelo mesmo magistrado. Ofensa ao direito de ser julgado por um juiz imparcial. Exceção de suspeição acolhida." BRASIL. TJRS. Exceção de Suspeição 70043284165, j. 21.07.2011. Disponível em [www.tjrs.jus.br]. Acesso em: 10.03.2013.

7. "A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. A prova ilícita – por qualificar-se como elemento inidôneo de informação – é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de efi-

É incontestável que o Poder Judiciário se encontra assoberbado de processos, tendo de apreciar quantidade exacerbada de demandas muito superior ao que pode suportar, mas é certo, em contrapartida, que tal situação, mesmo dramática, não pode dar ensejo a leis injustas e que vão contra a ordem constitucional, pois, é irrefutável a consciência social, de que a finalidade do direito processual penal, é garantir, impreterivelmente, um devido processo legal formal e material ao acusado e de maneira a limitar a atuação do Estado, elevando ao mais alto escalão do Direito os valores constitucionais.[8]

Daí asseverar que a busca por celeridade e simplicidade do desfecho processual penal não pode implicar supressão de garantias e direitos fundamentais do acusado, como a imparcialidade do julgador. Bem asseverou, certa vez, o Min. Ilmar Galvão, ao explanar o entendimento de que "a Justiça Penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados".[9]

Adequada é a busca por razoável duração do processo, nos moldes e limites constitucionais vigentes e na medida em que cada trâmite tem duração própria e peculiar às necessidades que a situação apresentada implique, a fim de assegurar o devido processo legal constitucional, que "é um verdadeiro princípio, do qual emanam inúmeras garantias, equiparadas a direitos no sistema brasileiro, servindo estes como instrumentos para efetivar o princípio em apreço, garantindo a todos o acesso a um processo justo".[10]

Assim, o processo é razoável desde que não implique supressão de garantias fundamentais do acusado, sujeito de direitos,[11] pois, do contrário, ter-se-ia um pro-

---

cácia jurídica" (BRASIL. RE 251445, rel. Min. Celso de Mello, j. 21.06.2000, *DJ* 03.08.2000, p. 68).

8. "Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior às demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter." SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crise e desafios da Constituição*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 494.

9. BRASIL. STF, Ap. 307-3, Ilmar Galvão, *DJ* 13.10.95, voto do Relator.

10. BONATO, Gilson. Por um efetivo devido processo penal. In: BONATO, Gilson (org.). *Direito penal e processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 72.

11. "Nossa Carta Magna consolidou posicionamento firme e inexorável: que todo acusado tenha o direito a um julgamento justo, assegurando-lhe a plenitude da defesa e um procedimento devido, marcado sob o crivo do contraditório. Não obstante, essas garantias de nada serviriam se o julgador não estivesse envolto da imparcialidade necessária para aplicar tais institutos. A imparcialidade, então, deve ser ínsita do poder jurisdicional, seja ele

cesso penal inquisitório e, portanto, inconstitucional, posto em total desacordo com o espoco do sistema brasileiro que se pauta e se afirma na democratização do processo, máxima protetiva dos direitos e garantias de todo e qualquer acusado. [12]

No veto presidencial, em momento algum há menção ao problema do comprometimento da imparcialidade do juiz, questão totalmente ignorada pelo manto do injustificado argumento de *desrespeito à celeridade do processo.*

Por isso se diz que a busca desenfreada por celeridade rechaçou a própria essência da razoável duração do processo, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil, desconfigurando-a.

Logo, a supressão do § 4º, do art. 157, do CPP foi irrazoável e antijurídica, na medida em que, a mitigação de princípios constitucionais para tornar mais célere o processo, não se enquadra no que seria um trâmite com duração razoável.

A questão de que um processo célere não é, necessariamente, um processo razoável, foi bem demonstrada pelo professor José Afonso da Silva, o qual, ao discorrer sobre a diferença entre razoabilidade e celeridade, teceu pertinentes críticas à estrutura pouco aparelhada do Poder Judiciário:

"As duas garantias referentes a um mesmo objeto – processo judicial ou administrativo – parecem não se casar muito bem. A razoável duração do processo como que delimita a celeridade de sua tramitação. Celeridade é signo velocidade no seu mais alto grau; processo célere seria aquele que tramitasse com a maior velocidade possível; mais do que isso, só um processo celérrimo. Processo com razoável duração já não significa, necessariamente, um processo veloz, mas um processo que deve andar com certa rapidez, de modo a que as partes tenham uma prestação jurisdicional em tempo hábil. Poder-se-ia dizer, portanto, que bastava o dispositivo garantir uma razoável duração do processo para que o acesso à justiça não se traduzisse no tormento dos jurisdicionados em decorrência da morosidade da prestação jurisdicional, que não apenas é irrazoável, como profundamente irracional".

---

emanado do poder judicante do magistrado togado, seja ele emanado do povo no momento do julgamento pelo Júri Popular." WELTON, Roberto. A influência dos meios de comunicação na imparcialidade dos jurados. *Boletim IBCCrim*. vol. 12. n. 142. p. 7-9. São Paulo: IBCCrim, set. 2004.

12. Direito à razoável duração do processo não é sinônimo de celeridade processual, embora a dicção do art. 5.º, LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil dê ensejo a possível entendimento equivocado de similaridade, na parte final do inciso, dispõe: *meios que garantam a celeridade de sua tramitação.* Confunde-se celeridade processual com razoável duração do processo, o direito à duração razoável confere direito à tutela jurisdicional tempestiva. Ora, uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa. Não há como pensar em duração razoável quando se suprimem direitos e garantias fundamentais do acusado, de maneira que o juiz que teve contato com a prova ilícita está necessariamente contaminado e não pode julgar.

Concluindo que:

"Nesse signo razoável duração do processo se tem um aceno ao princípio da razoabilidade, cuja textura aberta proporciona ponderações que podem reduzir, em muito, os objetivos que o texto em comentário visa a acalcar – e, assim, diria que se teria uma ponderação aberta, por não estar sopesando dois valores ou dois objetos, mas apenas verificando se o juiz teve, ou não, razões para demorar sua decisão, levando-se em conta a carga de trabalho que pesava sobre ele. É aqui que a garantia da celeridade da tramitação tem sua importância, já que o que se tem não é uma garantia abstrata da celeridade, mas o dever de preordenar meios para ser alcançada. De certo modo, enquanto não se aparelhar o Judiciário com tais meios, a razoabilidade da demora fica sempre sujeita a saber se o magistrado tinha, ou não, possibilidade de fazer andar seu processo mais rapidamente. Corre-se, assim, o risco da previsão de mais uma garantia individual sujeita à ineficácia, já que ela vai depender de providências ulteriores".[13]

O desconhecimento quanto ao real foco do problema[14] revela o equívoco do veto quanto ao senso jurídico de celeridade processual, pois, suprimiu-se do art. 157, o seu § 4.º, sem esboçar preocupação com a *cabeça do julgador*,[15] indubitavelmente contaminado pelo conteúdo ilícito da prova, terminando por ofender o princípio da razoabilidade necessária ao processo.

Afastou-se, consequentemente, o próprio art. 5º, LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual dispõe que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. É que quando o Presidente da República veta o parágrafo em voga e mantém, no processo, o magistrado que teve contato com a prova ilícita, passa a admitir a presença da prova ilícita no direito brasileiro.[16]

13. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 177.

14. O dispositivo foi vetado por meras razões de eficácia processual, quais sejam, simplicidade e celeridade, mas, certamente, *jamais a lei processual penal cumpre bem o seu papel quando deixa de conciliar a eficácia com as garantias do acusado. A eficácia cede quando se depara com uma garantia absolutamente imprescindível, como é a da imparcialidade do juiz* (GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita, juiz contaminado e o direito penal do inimigo. Disponível em: [www.lfg.com.br]. Acesso em: 20.10.2012).

15. "Mas o problema vai além, até porque a primeira premissa está intimamente relacionada com a segunda: como se não bastasse a excessiva timidez (mascarada no argumento do nexo causal), a discussão em torno da contaminação desconsidera a questão nuclear do problema: a cabeça do julgador. E, aqui, grave erro foi o veto ao § 4.º do art. 157 (o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão)." LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 606.

16. "Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da suprema-

SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 203-240. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

O STF, no julgamento da AP 307-3/DF, bem define prova ilícita, o que realça ainda mais a necessidade de aniquilá-la do processo. Para o Ministro: "a prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica".

Assim, a contaminação do juízo, pela valoração da prova declarada ilícita, passa a ser, em virtude do veto, *jogada às traças*,[17] pois o parágrafo vetado trazia em seu bojo a democratização do processo penal, aventada pela impossibilidade do magistrado, que tomou conhecimento da prova ilícita, continuar no caso.

O Projeto de Lei 4.205, que trazia em seu bojo o § 4.º, foi apresentado, em 12.03.2001, pelo próprio Poder Executivo, ao Congresso Nacional, iniciando-se, o seu trâmite legislativo, nos termos dos arts. 64, 65 e 66 da Constituição da República Federativa do Brasil. Em princípio, na Câmara dos Deputados, passando, posteriormente, ao Senado, em que foi apreciado e recebeu emendas. Na sequência, voltou à Câmara dos Deputados, de onde foi finalmente enviado ao Presidente da República, cumprindo-se o processo legislativo.

Vozes conscientes da Câmara dos Deputados tentaram impedir prevalecesse a proposta do Senado e, posteriormente, concretizada pelo Presidente da República da época, no sentido de suprimir o § 4.º do art. 157 do CPP.

No momento em que o Projeto de Lei 4.205, de 12.03.2001, ainda estava no Congresso Nacional, o relator Deputado Federal Flávio Dino rejeitou a emenda de supressão do § 4.º do art. 157 do CPP editada pela câmara revisora, Senado Federal, *in verbis*:

"O dispositivo que a emenda objetiva suprimir é de grande importância, pois visa a afastar do julgamento o juiz que tiver sido *contaminado* pelo conhecimento de prova declarada ilícita, de forma a proteger as garantias do acusado e assegurar a imparcialidade do julgador. O simples fato de impedir que o juiz se valha de provas declaradas inadmissíveis para fundamentar sua decisão não basta para preservar os mencionados princípios norteadores do processo se o magistrado tiver conhecimento de tais provas. Esse mecanismo é insuficiente para garantir que o magistrado não tenha sua convicção – e, portanto, sua decisão – influenciada pelo conhecimento de provas inadmissíveis. Acredito que o referido dispositivo, com a redação dada por

cia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental." BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 161.

17. SILVA, Ivan Luís Marques da. *Reforma processual penal de 2008*. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 70.

esta Casa, atende melhor a vontade constitucional de impedir que provas ilícitas ou obtidas por meios ilícitos possam contaminar a subjetividade do julgador".

Diante da manifestação do Deputado Federal Flávio Dino, torna-se evidente a essência e importância do parágrafo vetado, que buscava, ao menos formalmente, a imparcialidade do julgador. Dicção em tudo corroborada pelo professor Aury Lopes Júnior,[18] ao lecionar que:

"(...) são comuns os acórdãos dos tribunais brasileiros que, reconhecendo que no processo existe uma prova ilícita (ou nulidade processual), não anulam a sentença por entenderem que não ficou demonstrado que a decisão se baseou na prova ilícita. Assim, se o juiz não mencionou expressamente na fundamentação a prova, demonstrando a importância na formação de sua convicção, dificilmente a sentença será anulada".

O *espírito da lei* no caso era assegurar formalmente a imparcialidade do magistrado, tendo o dispositivo vetado caráter integralmente protetivo. Assegurava-*se*, por lei, julgamento imparcial e justo, na tentativa de minimizar o risco de abalo na subjetividade do julgador.[19]

À época, o jurista Marques da Silva, lecionou sobre o tema, esclarecendo que: "Esse veto dará ensejo a muitas discussões. O § 4.º tinha como intuito a manutenção da imparcialidade do juiz. O juiz que tivesse contato com a prova declarada inadmissível, por ser ilícita, não poderia proferir decisão final.[20]

Destarte, a questão nuclear do veto, objeto de críticas e elogios, pode ser entendida sob três óticas, que aqui se apresentam como hipóteses.

Primeiramente, levanta-se a hipótese de que o juiz conhecedor do conteúdo ilícito da prova desentranhada dos autos restaria contaminado e, sendo assim, por ela sugestionado, restaria comprometida a sua imparcialidade. Situação em que se enxerga o veto, como afronta à garantia constitucional do indivíduo ser julgado por um juiz imparcial.

Na segunda hipótese, procurou-se dar relevância preponderante ao objetivo primordial da reforma processual penal, no sentido de maximizar a busca por imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. Em face disto, pode-se entender que a razão do veto

18. LOPES JR., Aury. *Direito processual...* cit., p. 606.

19. Um procedimento ideal, suficientemente enérgico para evitar a impunidade dos criminosos, e bastante dúctil para impedir a perseguição e condenação de inocentes, dificilmente se poderá encontrar ou construir. O intento de descobrir a verdade, além de sujeito à precariedade das contingências humanas, mais árduo e complexo se torna quando os métodos e formas que devam ser empregados esbarram com as limitações derivadas das garantias que cercam o acusado (MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001. p. 17).

20. SILVA, Ivan Luís Marques da. Op. cit., p. 69.

estaria em que o § 4.º impediria o curso célere do processo por causar transtornos razoáveis ao andamento processual, quando determinasse que o juiz que fizera toda a instrução processual seria substituído por outro que sequer conhece o caso.

Sob o prisma da legalidade e constitucionalidade, a segunda hipótese, suprarreferida, é inapropriada por não encontrar amparo no ideal pátrio de um processo penal democrático que se sustente ou deva sustentar-se, em bases sólidas advindas de um Estado dito de Direito, em que o processo é um instrumento de proteção do acusado destinado a assegurar direitos e garantias fundamentais a ele inerentes, em ato de contenção e limitação à atuação do Estado-juiz.[21]

Na terceira hipótese, a razão do veto estaria posta em que se evitasse o transtorno que pudesse afastar do processo o juiz contaminado nas comarcas de juízo único; na medida em que isso não ocorreria nas varas que contassem com mais de um juiz, como bem salientou Aury Lopes Jr.:

"Quanto ao problema da contaminação do juiz que teve contato com a prova ilícita e que deve(ria) ser impedido de julgar, o veto ao § 4.º do art. 157 deve ser analisado a partir de seus próprios fundamentos, de que a exclusão desse juiz comprometeria a 'eficácia' do processo penal, gerando tumulto nas comarcas de juízo único. Logo, a contrário senso, nas varas em que existam dois ou mais juízes, não se justificaria a manutenção do juiz contaminado! Não havendo o motivo apontado no veto não há mais o menor fundamento para – erroneamente manter um juiz contaminado no processo, proferindo sentença a partir da convicção formada com base na prova ilícita".[22]

Em verdade, o grande avanço de emancipação do modelo acusatório, trazido pelas alterações legislativas, seria o § 4.º do art. 157 do CPP, pois, o mero desentranhamento físico da prova ilícita, previsto no § 3.º, sem o amparo do § 4.º, trouxe novidade nenhuma, notadamente de ordem prática, sendo mera inovação legislativa.

É que o desentranhamento físico da prova já vinha sendo determinado pela doutrina[23] e pela jurisprudência pátria, o que se pode constatar no HC 82.862/SP

21. Sobre a constitucionalização do processo penal: "Não é demais se repetir, até que cale definitivamente em nosso meio jurídico, que o processo penal, mais do que a instrumentalidade (a que também serve), tem natureza constitucional; é uma garantia do indivíduo, uma defesa do cidadão contra, precisamente o arbítrio. Contra os riscos de uma apuração informal, desordenada, imprecisa, genérica, casuística; por conseguinte, ao sabor de inclinações personalíssimas que fariam pender episódica, ocasionalmente para o maior ou menor rigor; na imponderabilidade; portanto, no franco antidireito" (BRASIL. TACrim/SP, Apelação, rel. Ary Belfort, *Jutacrim-SP* 69/300).

22. LOPES JR., Aury. *Direito processual...* cit., p. 604.

23. O que se demonstra exemplificativamente com trecho de Nestor Távora que realça o desentranhamento da prova ilícita, antes mesmo da reforma de 2008: "Evita-se, desta forma, a perpetuação no tempo dos efeitos deletérios que a prova ilícita pode causar. Detectando-se

do STF, de relatoria do Min. Cezar Peluso[24] e no HC 67.443 do STJ, que teve como relator o Min. Felix Fischer,[25] bem como em diversos outros julgados.[26]

---

o vício na prova enquanto tal ou no procedimento de confecção, deve o magistrado, ouvindo as partes, determinar que a mesma seja desentranhada, e uma vez preclusa a decisão, haverá a destruição da prova ilícita, facultando-se às partes a acompanhar tal expediente (...)". (TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 303). Consolidou-se a inadmissibilidade das provas ilícitas com a Constituição de 1988, ao dispor, em seu art. 5.º, LVI que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". A partir de então, firmou-se em nossas Cortes a absoluta inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos com a orientação de que, quando assim reconhecidas, devem ser desentranhadas dos autos. Confira-se, a propósito: "Denúncia baseada em prova documental suficiente, além daquela contra a qual se insurge a impetração (escuta telefônica). Pedido deferido, em parte, para determinar sejam extraídas dos autos as de gravações irregularmente obtidas" (STF, 1.ª T., HC, j. 08.04.1996, rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ* 162/366). "São ilícitas as provas obtidas mediante quebra do sigilo bancário sem autorização da autoridade judiciária competente. Desentranhamento dos autos" (STJ, 5.ª T., HC 4.927, j. 23.09.1996, rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* de 04.11.1996, p. 42.489). Ainda no sentido do desentranhamento da prova ilícita: STF, *RTJ* 162/3; 164/1.010; EDcl 731-9, j. 22.05.96, *DJU* de 07.06.1996, p. 19.857; STJ, RMS 8.559, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. 12.06.1998, *DJU* de 03.08.1998, p. 328; CAGLIARI, José Francisco. Prova no processo penal. *Revista Justitia*. vol. 63. n. 195. p. 78-100. São Paulo, jul.-set. 2001.

24. "Criminal. Documentos. Papéis confidenciais pertencentes a empresa. Cópias obtidas, sem autorização nem conhecimento desta, por ex-empregado. Juntada em autos de inquérito policial. Providência deferida em mandado de segurança impetrado por representante do Ministério Público. Inadmissibilidade. Prova ilícita. Ofensa ao art. 5.º, LVI, da CF, e aos arts. 152, parágrafo único, 153 e 154 do CP. Desentranhamento determinado. HC concedido para esse fim. Não se admite, sob nenhum pretexto ou fundamento, a juntada, em autos de inquérito policial ou de ação penal, de cópias ou originais de documentos confidenciais de empresa, obtidos, sem autorização nem conhecimento desta, por ex-empregado, ainda que autorizada aquela por sentença em mandado de segurança impetrado por representante do Ministério Público" (BRASIL. STF, HC 82862, 2.ª T., j. 19.02.2008, rel. Min. Cezar Peluso, *DJe*-107, divulg. 12.06.2008, public. 13.06.2008; *Ement.* vol. 2323-02, p. 348; *RTJ* vol. 205-03, p. 1201; *REVJMG* vol. 59, n. 184, 2008, p. 378-380; *LEXSTF* vol. 30, n. 355, 2008, p. 353-360).

25. "Na presente hipótese, como bem ressaltado pelo e. Tribunal *a quo* ao denegar a ordem, não há como estender reconhecida ilicitude da quebra do sigilo bancário levado a efeito sem a devida autorização legal exigida pelo art. 1.º, *caput*, da Lei 9.296/1996 às demais provas produzidas, haja vista que não se sabe, até mesmo porque o próprio impetrante não procurou demonstrar, se, de fato, o material probatório produzido decorre necessariamente daquela prova tida como ilícita, cujo desentranhamento já foi inclusive determinado. II – Além disso, qualquer conclusão em sentido contrário demandaria o exame acurado do material cognitivo, o que, a toda evidência, se mostra inviável no âmbito restrito e expedito do *writ*. *Habeas corpus* denegado". (BRASIL. STJ, HC 67.433/RJ, 5.ª T., j. 27.02.2007, rel. Min. Felix Fischer, *DJ* 07.05.2007, p. 343).

26. "As prerrogativas institucionais dos membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, não compreendem a possibilidade de requisição de documentos fiscais sigilosos

Em suma, a Justiça não se realiza a qualquer preço e de qualquer modo. Apenas o § 4.º do art. 157 do CPP era capaz de concretizar a máxima protetiva dos processos de índole criminal e a segurança jurídica das decisões dele advindas.

Portanto e evidentemente, existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, em absoluto. São os princípios materiais e formais, explícitos e implícitos, que florescem da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como seu fundamento principal, que é a dignidade da pessoa humana do acusado; o que dá azo à correta assertiva de que a busca por celeridade não justifica a admissão da prova ilícita no processo penal brasileiro; sendo a retirada do § 4.º em questão, medida atentatória à essência da Lei Maior, uma vez que a parcialidade do julgador é mazela que joga às favas o Estado Democrático de Direito.

2. CONSEQUÊNCIAS DO VETO PRESIDENCIAL AO § 4.º DO ART. 157 DO CPP, ANTE A SISTEMÁTICA PROBATÓRIA PARA APURAÇÃO DE CRIMES EM DIREITO PENAL ECONÔMICO

A inconveniência do veto avulta com maior evidência em face de crimes de natureza econômica, em que a obtenção de provas, tanto no procedimento investigatório quanto na persecução penal, termina por ser produzida ilicitamente e notadamente quando a identificação da autoria e a apuração da materialidade delitiva se dão por meio de interceptações telefônicas e quebras de sigilos bancário e fiscal, o que se vê, em regra e predominantemente, em casos atinentes a associação para tráfico ilícito de entorpecente e lavagem de capitais.

A questão é que o mero desentranhamento físico da prova contaminada não é medida capaz de garantir a imparcialidade do magistrado.

Manifestamente, nos crimes de natureza econômica há grande dificuldade em provar a autoria e a materialidade do delito, pois, o *iter criminis*, normalmente,

---

diretamente junto ao Fisco. Devem ser desentranhadas dos autos as provas obtidas por meio ilícito, bem como as que delas decorreram. Havendo outros elementos de convicção não afetados pela prova ilícita, o inquérito policial deve permanecer intacto, sendo impossível seu trancamento" (BRASIL. STJ, RHC 200602256189, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), 5.ª T., *DJ* 22.10.2007, p. 312.); mantendo-se tudo igual, como se vê: "Eventual nulidade da interceptação telefônica por breve período (7 dias), por falta de autorização judicial, não há de macular todo o conjunto probatório colhido anteriormente ou posteriormente de forma absolutamente legal; todavia, a prova obtida nesse período deve ser desentranhada dos autos e desconsiderada pelo Juízo. (...) Ordem parcialmente concedida, apenas e tão somente para determinar o desentranhamento dos autos e a desconsideração pelo Juízo do áudio e transcrições referentes ao período de 05.01.2006 a 11.01.2006, por ausência de decisão judicial autorizadora da medida" (BRASIL. STJ, HC 200902124148, Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª T., *DJE* 28.06.2010).

SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 117, ano 23, p. 203-240. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

compõe-se de inúmeros atos comissivos e omissivos, advindos de uma pluralidade de comportamentos dificilmente identificados com precisão, razão pela qual os agentes de investigação, o Poder Judiciário e o Ministério Público Federal, na ânsia em conter essa criminalidade *sui generis*, valem-se, na busca pela verdade, de interceptações telefônicas e quebras de sigilo, sobretudo, ilícitas.

Perceba-se que no crime de lavagem de dinheiro, por exemplo, a obtenção de prova é muito incomum, sendo quase impossível apurar os fatos criminosos e individualizar a conduta de cada agente: "Nessa esfera, lançado no mercado o lucro ilícito, faz-se necessário efetuar diversas operações complexas, tanto nacional como internacionalmente, visando dificultar o rastreamento contábil, para que os órgãos de controle não consigam chegar na sua fonte nascedoura".[27]

Basta analisar a jurisprudência pátria para concluir que a obtenção de prova em crimes econômicos é extremamente sutil e, em regra, acaba por ser considerada ilícita,[28] sendo, consequentemente, desentranhada dos autos.

Veja-se julgado do STJ, RHC 200602256189, de relatoria de Jane Silva, desembargadora convocada do TJMG, em que o Ministério Público Federal requisitou cópias das declarações de imposto de renda do investigado de forma unilateral e sem autorização judicial, quebrando seu sigilo fiscal, para angariar provas em sede de crimes contra a ordem tributária e o sistema financeiro e de lavagem de dinheiro, *in verbis*:

"Recurso em *habeas corpus* – Crimes contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro e de lavagem de dinheiro – Investigações preliminares – Quebra do sigilo fiscal do investigado – Inexistência de autorização judicial – Requisição feita pelo membro do Ministério Público diretamente à Receita Federal – Ilicitude da prova – Desentranhamento dos autos – Trancamento do inquérito policial – Impossibilidade – Existência de outros elementos de convicção não contaminados pela prova ilícita – Dado parcial provimento ao recurso. I. A requisição de cópias das declarações de imposto de renda do investigado, feita de forma unilateral pelo Ministério Público, se constitui em inequívoca quebra de seu sigilo fiscal, situação

27. MENEGAZ, Daniel Da Silveira. *Lavagem de dinheiro: os mecanismos de controle penal na justiça federal no combate à criminalidade*. Curitiba: Juruá, 2012.

28. "O conceito de ilícito advém do latim (*illicitus* = *il* + *licitus*), possuindo dois sentidos: (a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; (b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo do termo ilícito, vedando-se a prova ilegal e a ilegítima. Nesse contexto, abrem-se duas óticas, envolvendo o que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei). Este último enfoque (formalmente ilícito), como defendemos, é o ilegítimo." NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 349.

diversa daquela em que a autoridade fazendária, no exercício de suas atribuições, remete cópias de documentos ao *Parquet* para a averiguação de possível ilícito penal. II. A quebra do sigilo fiscal do investigado deve preceder da competente autorização judicial, pois atenta diretamente contra os direitos e garantias constitucionais da intimidade e da vida privada dos cidadãos. III. As prerrogativas institucionais dos membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, não compreendem a possibilidade de requisição de documentos fiscais sigilosos diretamente junto ao Fisco. IV. Devem ser desentranhadas dos autos as provas obtidas por meio ilícito, bem como as que delas decorreram. V. Havendo outros elementos de convicção não afetados pela prova ilícita, o inquérito policial deve permanecer intacto, sendo impossível seu trancamento. VI. Dado parcial provimento ao recurso".[29]

Do HC 200902124148, que trata de atividade exercida por organização criminosa especializada em comércio ilícito de substâncias entorpecentes, com ramificações na Bolívia, no Uruguai, na Europa e nos Estados, exsurge a nulidade de interceptação telefônica[30] por falta de autorização judicial. No caso, o relator determinou o desentranhamento físico da prova ilícita dos autos e a desconsideração pelo Juízo do áudio e transcrições referentes ao período que caracterizou a ilicitude:

29. BRASIL. STJ, RHC 200602256189, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), 5.ª T., *DJ* 22.10.2007, p. 312.

30. São inúmeros os casos de nulidade de interceptação telefônica, enquanto prova ilícita. Veja-se: "Processual penal. *Habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Crime de quadrilha ou bando. Falsidade ideológica. Uso de documento falso. Corrupção ativa. Contrabando e descaminho. Parte das Provas obtidas por meios ilícitos. Interceptação telefônica. Ilegalidade declarada pelo STJ. Denúncias baseadas em outras provas. Trancamento das ações penais. Impossibilidade. Provas ilícitas em relação a qualquer ação penal. Ordem concedida parcialmente para determinar o desentranhamento das provas tidas como ilícitas das novas ações penais. Havendo a possibilidade de que as novas denúncias tenham sido oferecidas também com base em provas diversas das que foram obtidas ilicitamente por meio de interceptações telefônicas, e assim declaradas nulas por este STJ em outro *habeas corpus*, não se evidencia possibilidade do trancamento dos respectivos procedimentos judiciais. Se em outra ação penal as novas provas foram consideradas ilícitas, elas não podem integrar o conjunto probatório de outras ações penais. Ordem concedida parcialmente para determinar o desentranhamento das provas tidas como ilícitas das novas ações penais" (BRASIL. STJ, HC 200702595283, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), 6.ª T., *DJe* 19.10.2009). "O reconhecimento, pelo Tribunal Regional Federal, da nulidade das interceptações telefônicas realizadas a partir de 7 de dezembro de 2003 é matéria que diz respeito unicamente ao campo probatório, nada interferindo na higidez da denúncia. Nesse ponto, a Corte de origem foi clara: não estava a trancar a ação penal, mas tão só a determinar o desentranhamento de parte da prova reputada ilícita, sem prejuízo da tramitação do feito e da valoração de outros elementos cognitivos." (BRASIL. STJ, HC 148.978/MT, 6.ª T., j. 08.06.2010, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 04.10.2010).

"A investigação que embasou a denúncia cuidava de apurar as suspeitosas atividades de articulada e poderosa organização criminosa especializada no comércio ilícito de substâncias entorpecentes (especialmente cocaína), com ramificações na Bolívia, no Uruguai, na Europa e nos Estados Unidos, esses últimos países receptores da droga, bem como na ocultação dos lucros auferidos com a atividade criminosa mediante a aquisição de postos de gasolina e investimentos em indústria petroquímica. (...). Eventual nulidade da interceptação telefônica por breve período (7 dias), por falta de autorização judicial, não há de macular todo o conjunto probatório colhido anteriormente ou posteriormente de forma absolutamente legal; todavia, a prova obtida nesse período deve ser desentranhada dos autos e desconsiderada pelo Juízo. 6. Especificamente sobre o fato objeto da escuta realizada em período não acobertado pela autorização judicial, sua ocorrência poderá ser demonstrada por outros meios, se existentes, desde que não decorrentes diretamente da prova tida por ilícita; assim, eventual incidência das teorias da prova ou da fonte independente ou da descoberta inevitável, deverá ser apreciada pelo Juízo de primeiro grau, após análise ampla do conjunto probatório, vedado que o Tribunal *a quo*, em *habeas corpus*, ação de cognição restrita, decida, *a priori*, pela validade da prova captada de forma ilegal. 7. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 8. Ordem parcialmente concedida, apenas e tão somente para determinar o desentranhamento dos autos e a desconsideração pelo Juízo do áudio e transcrições referentes ao período de 05.01.2006 a 11.01.2006, por ausência de decisão judicial autorizadora da medida".[31]

Veja-se que no julgado acima transcrito, o Ministro Relator entendeu que, "Eventual nulidade da interceptação telefônica por breve período (7 dias), por falta de autorização judicial, não há de macular todo o conjunto probatório colhido anteriormente ou posteriormente de forma absolutamente legal; todavia, a prova obtida nesse período deve ser desentranhada dos autos e desconsiderada pelo Juízo".

De igual bordo, é a Rcl 10.580, apresentada ao STJ, em que aquele juízo decidiu que as provas ilícitas devem ser imediatamente desconsideradas e desentranhadas dos autos, *in verbis:*

"Alegam os Reclamantes que o Juízo Reclamado teria descumprido ordem do STJ, que declarou ilícitas as provas da denominada *Operação Dilúvio*, nos autos do HC 142.045/PR. (...). Como sobredito, até o momento, não se observa, *prima facie*, o efetivo descumprimento ou a negativa à autoridade desta Corte Superior, sendo recomendável, entretanto, alertar-se que, uma vez reconhecida a identidade ou a derivação das provas da Ação Penal com aquelas declaradas ilícitas, devem todas ser imediatamente desconsideradas e desentranhadas dos autos, nos termos da legislação de regência".[32]

31. BRASIL. STJ, HC 200902124148, 5.ª T., Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 28.06.2010.

32. BRASIL. STJ, Rcl 10.580/PE, rel. Min. Assusete Magalhães, 21.11.2012.

Como se vê, notadamente das ementas dos dois últimos julgados, a determinação contida no *decisum* é sempre para que as provas ilícitas sejam desentranhadas dos autos e, consequentemente, imediatamente *desconsideradas pelo juízo*.

Mas eis a reflexão que nos aproxima do objetivo de estudo deste trabalho, ora apresentada como pergunta.

O desentranhamento da prova ilícita, mantendo-se o mesmo magistrado que dela teve conhecimento, é suficiente para garantir a sua imparcialidade?

É possível que o juiz verdadeiramente desconsidere a prova fisicamente desentranhada, apagando de seu íntimo e de seu inconsciente, o que viu ou ouviu?

Seria o não afastamento dele, com a sua substituição por outro magistrado, uma porta aberta para a obtenção de provas ilícitas no universo dos crimes econômicos, em que a obtenção de indícios de autoria e materialidade no inquérito e na persecução penal é de difícil apuração?

Em suma, como exigir do magistrado que ele desconsidere, sinceramente, o conteúdo ilícito de que teve conhecimento?

Exigir que ele não fundamente expressamente o *decisum* na prova ilícita é uma determinação cujo cumprimento é possível, mas, em contrapartida, saber se o julgado estará implícita e intrinsecamente contaminado ou se desconsiderou consciente e inconscientemente o conteúdo ilícito que teve conhecimento, é uma dúvida que rechaça a segurança jurídica das decisões judiciais. Daí o papel central do § 4.º do art. 157 do CPP, no âmbito do crime econômico, em que a obtenção de prova ilícita acaba por ser a regra, ante a complexidade de apurar a autoria e a materialidade delitiva, tanto durante a investigação quanto durante a persecução penal.

Os tópicos subsequentes, sobre a condição humana do magistrado e a necessidade de garantir-se, ao menos formalmente, a sua imparcialidade, responderão, em definitivo, as questões suprarreferidas.

3. COMPROMETIMENTO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ QUANDO INFLUENCIADO PELA CIÊNCIA DA PROVA ILÍCITA, ENQUANTO RESTRITO À SUA CONDIÇÃO DE SER HUMANO

Quando o magistrado toma conhecimento do conteúdo da prova ilícita, as informações ali contidas afetam automática e involuntariamente sua convicção, por ser humanamente impossível o autocontrole de seu inconsciente, em face de suas convicções subjetivas quanto ao caso.

Eugenio Raúl Zaffaroni, Ministro da Suprema Corte Argentina, alertou para que *o juiz não é superior às demais pessoas, tem paixões, ideologias, uma percepção do mundo.*[33]

33. *Discurso do* Ministro Eugenio Raúl Zaffaroni, da Suprema Corte Argentina, no Seminário Internacional promovido pela Escola da Magistratura da Associação dos Juízes do Rio

Daí a certeza em não ser jurídico colocar em risco a liberdade de uma pessoa submetida a doloroso processo penal, pelo capricho em não afastar do julgamento, magistrado com convicção psicológica afetada pelo conhecimento da prova ilícita.

O veto, ato retrógrado porque atentatório à instrumentalidade constitucional do processo, acabou por admitir a presença do conteúdo da prova ilícita no ordenamento adjetivo atual,[34] uma vez que não há como medir o quanto o conteúdo da prova ilícita desentranhada dos autos, influenciará a *psique* do julgador que dela já tivera conhecimento, arquivando-a, porém, em sua memória, quando extraída dos autos. Porquanto, certamente, ele fundamentará sua decisão em sua consciência, ainda que, em face de provas legais e admissíveis. É que, no compasso da boa doutrina, a contaminação psicológica implícita estará presente em seu íntimo, consciente ou inconscientemente, pelo peso da prova ilícita: "O juiz, por lei, não poderá fundamentar a sua decisão em tal prova; entretanto, por ser ele um ser humano, certamente, terá sua convicção abalada".[35]

Posicionar-se adequadamente e de maneira imparcial ao tomar conhecimento de algo diretamente ligado ao processo, é ter a capacidade sobre-humana de contrariar as repercussões na alma do que adveniente do contato com o conteúdo ilícito

---

Grande do Sul. Disponível em: [www.ajuris.org.br/jornal/enc_mai.pdf]. Acesso em: 04.12.2012.

34. "Ninguém aqui desconhece a disceptação, ainda insepulta, entre as duas posturas básicas acerca da admissibilidade no processo das provas ilícitas – como tais consideradas as que obtidas com violação de direitos fundamentais. 11. A primeira – por séculos predominante – fiel à velha máxima 'male captum bene retentum': ao juiz só caberia decidir da existência, ou não, do crime e não, de como lhe chegaram – *lícita ou ilicitamente* – as provas do fato. 12. Se ilicitamente obtidas, que se aplicassem ao responsável pela ilicitude as sanções civis, administrativas ou penais cabíveis. 13. De outro lado, os que – desde as decisões pioneiras da Suprema Corte dos Estados Unidos – partem da unidade da ordem jurídica e da necessidade de impor contenção eficaz à tentação da violência de todos os organismos policiais e negam se possam admitir no processo provas obtidas por meios tão ou mais criminosos que os delitos a reprimir. 14. Pelos últimos, valha por todos a lição, na doutrina alemã, de Amelung – colacionada por Costa Andrade – segundo a qual 'o Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena, se, para impor o direito, tiver de recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal'. Pois, argumenta, 'o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração será frustrada se o próprio Estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena. Desse modo, ele mostra que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o Direito Penal se propõe precisamente assegurar'. 15. Testemunham os doutores a prevalência hodierna da tese da proscrição da admissibilidade processual da prova ilícita (BRASIL. STF, HC 80.949, Sepúlveda Pertence, voto do Rel., *Informativo* 250).

35. TASSE, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. *O novo sistema de provas no processo penal – Comentários à Lei 11.690/08*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 48.

da prova fisicamente desentranhada, contudo residente automática e involuntariamente no íntimo do magistrado e efetivamente radicada em seu espírito, ou seja, em sua subjetividade, que é a sede em cujo recôndito será produzida a decisão objetiva, daí surgindo o real problema com o veto, que suprimindo do texto legal o § 4.º do art. 157 do CPP, não eliminou o risco da sentença fundada na prova ilícita.

Perdeu-se a oportunidade de sanar-se manifesta inconstitucionalidade, a qual, por ausência de legislação, já vinha acontecendo na prática em diversos julgados, evidentemente sustentados na prova ilícita, sem que eles fossem nulificados porque camuflados na alegação de que a fundamentação explícita baseou-se apenas em provas lícitas, mas ditadas por contaminação implícita, pelo contato do magistrado com a ilícita, em distorcida interpretação constitucional.[36]

Certo, portanto, que o desentranhamento e a consequente inutilização da prova ilícita, possibilitados pelo *caput* e § 3.º do artigo em voga, têm efetividade somente no campo físico, em que o julgador não a utilizará, expressamente, como fundamento do *decisum*, mas o que garantiria formalmente a imparcialidade do magistrado, repita, seria o vetado § 4.º porque somente por ele é que se teria a certeza de não ter sido influente na decisão a prova ilícita.

Na hipótese atual, a prova desentranhada será apenas uma não prova, um material processualmente inexistente, todavia, no campo psíquico continuará existindo como prova para aquele que dela teve conhecimento, óbvia e inevitavelmente, porque impossível ao ser humano o controle do subconsciente.

Eis julgado do STJ que explana a insegurança jurídica que o § 4.º do art. 157 do CPP tinha como escopo conter:

"Ordem concedida para determinar o desentranhamento das provas decorrentes da quebra do sigilo fiscal realizada pelo Ministério Público sem autorização judicial, cabendo ao magistrado de origem verificar quais outros elementos de convicção e decisões proferidas na ação penal em tela e na medida cautelar de sequestro estão contaminados pela ilicitude ora reconhecida" (HC 160.646/SP, 5.ª T., j. 01.09.2011, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 19.09.2011).

---

36. Com o veto, mantém-se, portanto, a interpretação inconstitucional da constituição: "E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileiro, tornou-se uma ideia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas 'jurídicas', dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e indiretamente todas as situações que a contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se leem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido ao alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional" (SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 471).

SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 203-240. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

Ora, veja-se o esforço sobre-humano que se exige do magistrado quando o Ministro relator do acórdão retrotranscrito, ordena caber "ao magistrado de origem verificar quais outros elementos de convicção e decisões proferidas na ação penal em tela e na medida cautelar de sequestro estão contaminados pela ilicitude ora reconhecida". Quer-se que ele pesquise se há outros elementos de convicção, ignorando o conteúdo da prova ilícita, que vira e que comprometeria enquanto ignorada a verdade do julgado.

A respeito do tema, a psicanalista Eliana Riberti Nazareth publicou no *Caderno Jurídico* da Escola Paulista da Magistratura artigo intitulado "A influência dos fatores psicológicos inconscientes nas decisões judiciais",[37] em que, ao tratar do ser humano como alguém regido, sobretudo pelo inconsciente, destacou: "(...) o inconsciente ganhou corpo e estrutura: 'a psicanálise tirou do inconsciente o caráter indeterminado e amorfo que havia conservado até esse momento nas interpretações dos filósofos e dos psicólogos, para adquirir um conteúdo preciso". Concluindo seu raciocínio com base em Freud: "O maior mérito de Freud está em ter descoberto que não é a consciência o principal condutor do ser humano, mas o inconsciente. E que este tem suas leis que, demandando investigação, são pouco claras ou desconhecidas para a consciência, porém determinantes de sua conduta".

Ivan Luis Marques da Silva, em sua obra referente às reformas do processo penal, chega à mesma conclusão, *in verbis:*

"A preocupação trazida pelo § 4.º era perfeitamente correta. Independentemente do desentranhamento da prova considerada ilícita, o juiz já teve acesso ao seu conteúdo e, mesmo de forma implícita e subjetiva, não utilizada na motivação da decisão, o conteúdo da prova ilícita certamente será considerado na formação das premissas que desencadearam o resultado do julgamento".[38]

Não tivesse o § 4.º sido vetado, teríamos seguramente a eliminação da prova ilícita nos campos físico e psíquico. Aí, sim, estaríamos diante de norma processual plenamente constitucional.

O processo penal em todas as suas acepções deve sempre e indubitavelmente buscar moderar o *jus puniendi* estatal e assegurar as garantias e direitos constitucionais do acusado, cuja liberdade é vulnerabilizada diante do Estado-juiz. Mesmo porque o mandado da sentença não se exprime apenas pelo que está explicitamente nela contido, não havendo garantia de que o ato de sentenciar não se baseou em uma possível prova ilícita, por fatores do cunho íntimo do juiz.

37. NAZARETH, Eliana Riberti. A influência dos fatores psicológicos inconscientes nas decisões judiciais. *Cadernos Jurídicos*. vol. 4. n. 17. p. 114. São Paulo.

38. SILVA, Ivan Luís Marques da. Op. cit., p. 70.

Todavia, a antijuridicidade é ainda maior. Não bastasse entendimento jurisprudencial que abona a higidez de decisões contaminadas, por entenderem-nas expressamente não fundamentadas na prova ilícita, conseguintemente desprezando a contaminação intrínseca da convicção do juiz, há ainda jurisprudência preservando decisões, que, embora fundamentadas expressamente na prova ilícita, ensejando a condenação do acusado, não são nulificadas por não se basearem unicamente na prova contaminada.

De sorte que, havendo, assim, por exemplo, fundamentação em prova ilícita e, igualmente, em prova idônea, a condenação se mantém, como se depreende de julgado do Min. Carlos Velloso:

"Por fim, a jurisprudência da Corte é pacífica ao afirmar que não se anula condenação se a sentença condenatória não se apoia apenas na prova considerada ilícita. Nesse sentido o decidido no HC 75.611/SP e no HC 82.139/BA, ambos por mim relatados, que portam as seguintes ementas, respectivamente: 'Constitucional. Processual penal. Penal. Gravação de conversa por um dos interlocutores. Condenação, ademais, com base em outras provas. I – Gravação de conversas autorizada por um dos interlocutores, vítima de extorsão, certo, entretanto, que a condenação não se assentou nas gravações, apenas. II – HC indeferido'. (*DJ* de 17.04.1998) 'Constitucional. Processual penal. *Habeas corpus*. Prova ilícita. "Escutas telefônicas". CF, art. 5.°, XII. Prova. I – A condenação não se apoia apenas na "escuta telefônica". É dizer, há, nos autos da ação penal, outras provas. II – Exame aprofundado da prova: impossibilidade em sede de recurso especial. III – H.C. indeferido'. (*DJ* de 1°.08.2003) Nego seguimento ao agravo" (STF, AgIn 503617, j. 20.09.2004, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 04.10.2004, p. 25).

O ponto de partida é entender que celeridade e simplicidade – motivos do veto – não querem dizer Justiça, quando a comprometem. Há que se harmonizar, adaptar as duas primeiras ao fundamento do nosso Estado, ou seja, elas, celeridade e simplicidade, somente serão jurídicas, quando não ferirem direitos e garantias, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil e em outros diplomas de índole protetiva dos réus.

Conclui-se, então, que: "A falta de estrutura estatal e a saga eficientista – trazida ao processo e direito penal pela globalização –, a luta sem limites pela celeridade, não podem gerar a afetação da justiça e/ou causar o prejuízo dos princípios-garantias fundamentais".[39]

O veto é, assim, um retrocesso jurídico-social e nos remete a um sistema não mais acusatório, mas inquisitivo, uma vez que o julgamento por um juiz desconta-

39. FELICIO, Érick Vanderlei Micheletti. A reforma dos dispositivos processuais penais relativos à prova: Lei 11.690/2008. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 1.°.09.2012.

minado é um elemento fundamental a diferenciar o sistema inquisitivo do sistema acusatório, como bem assevera Aury Lopes Júnior:

"É óbvio que o juiz que conheceu a prova ilícita não pode julgar, pois está contaminado. Não basta desentranhar a prova; deve-se 'desentranhar' o juiz! Mas para a surpresa e decepção geral, esse inciso foi vetado (!!), com uma pseudofundamentação calcada em risíveis argumentos venceu a ideologia punitivista, e o *substancialismo inquisitório*, daqueles que, julgando-se 'do bem', não têm pudores em fazer o mal (ao 'outro' é claro), custe o que custar. A pergunta é: isso é bom pra quem? Quem nos protege desse tipo de bondade?".[40]

Destarte, embora a Constituição da República Federativa do Brasil não preveja expressamente que o sistema adotado é o acusatório, tal constatação deriva da análise sistemática de seus princípios, inclusive e notadamente do princípio da imparcialidade.

Ao tratar da natureza humana do juiz, é de suma relevância os ensinamentos dos processualistas Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, que ora transporta-se do direito processual civil:

"Não se quer dizer, note-se bem, que o juiz que se baseou na prova ilícita irá buscar uma sentença de procedência a qualquer custo, ainda que inexistam outras provas válidas, mas apenas que a valoração dessas outras provas dificilmente se livrará do conhecimento obtido através da prova ilícita. Trata-se de situação que é peculiar à natureza humana, e assim algo que deve ser identificado para que a descontaminação do julgado seja plena ou para que a sua descontaminação pelo tribunal elimine – ou previna – qualquer possibilidade de infecção posterior. Portanto, se o tribunal decide que uma das provas que a sentença se baseou é ilícita, o julgamento de primeiro grau deverá ser feito por outro juiz, que não aquele que proferiu a decisão anterior".[41]

Sem embargo, necessário discorrer sobre o significado de sentença e dar-lhe sentido abrangente apto a defini-la como ato final do juiz consequente de suas percepções emocionais durante o decorrer do trâmite processual. Sentença, portanto, é o momento em que ele expõe tudo o que sentiu, consciente ou inconscientemente, durante o processo, como registra o já mencionado Mestre Aury Lopes Júnior:

"A desconsideração de que se opera uma grave contaminação psicológica (consciente ou inconsciente) do julgador faz com que a discussão seja ainda mais reducionista. Esse conjunto de fatores psicológicos que afetam o ato de julgar deveria

40. LOPES JR., Aury. *Direito processual...* cit., p. 605.

41. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 401.

merecer atenção muito maior por parte dos juristas, especialmente dos tribunais, cuja postura até agora tem se pautado por uma visão positivista, cartesiana até, na medida em que separa emoção e razão, o que se revela absolutamente equivocado no atual nível de evolução do processo".[42]

Não se faz plausível definir sentença em seu sentido puramente jurídico, ou seja, como a manifestação sobre a procedência ou não do *jus puniendi* estatal. É em virtude desse conceito positivista que acabamos nos deparando e justificando o atual quadro de insegurança jurídica insculpido no ordenamento jurídico brasileiro e sedimentado pela jurisprudência pátria.

Há que se considerar o verdadeiro sentido da palavra sentença. Deve-se somar ao conceito meramente jurídico determinação mais ampla e abrangente, que permita a reflexão sobre o que ela representa de fato. Da etimologia da palavra sentença, extrai-se sua origem de *sentire,* ou seja, *sentir*, perceber por meio dos sentidos. Daí dizer que, em fácil exercício lógico, o conteúdo ilícito da prova estará independentemente do *querer*, no pensar do juiz que tomou conhecimento da prova ilícita.

O maior condutor do ser humano, como já realçado e segundo Freud, não é a consciência, mas, sim, a inconsciência. Entendimento compartilhado pelo ilustre professor Miguel Reale, que teceu considerações de grande valia sobre a condição humana do magistrado, ao ressaltar com o brilhantismo que lhe é inato, que sentenciar não é apenas um ato racional do juiz porque envolve, antes de tudo, a atitude de estimativa do juiz diante da prova, *in verbis:*

"A Ciência do Direito, especialmente no Brasil, ainda está muito imbuída de *racionalidade abstrata*, no sentido de que a experiência jurídica possa toda ela ser reduzida a uma sucessão de silogismos ou de atos atribuíveis a uma entidade abstrata, ao *homo-juridicus*. A técnica jurídica, operando com meros dados lógico-formais, vai, aos poucos, firmando a convicção errônea de que o juiz deve ser a encarnação desse mundo abstrato de normas, prolatando sentenças como puros atos de razão. Na realidade, sabemos que o juiz, antes de ser juiz, é homem partícipe de todas as reservas afetivas, das inclinações e das tendências do meio social, e que nós não podemos prescindir do exame dessas circunstâncias, numa visão concreta da experiência jurídica, por maior que deva ser necessariamente a nossa aspiração de certeza e objetividade".[43]

Os ensinamentos do autor suprarreferido podem ser transportados para a questão do veto presidencial ao § 4.º do art. 157 da Lei 11.690, de 09.06.2008, os quais se amoldam perfeitamente a ela, inclusive, no compasso do que testifica Aury Lo-

42. LOPES JR., Aury. *Direito processual...* cit., p. 606.

43. REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 136.

SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 117. ano 23. p. 203-240. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

pes Junior, ao tratar da substituição do juiz contaminado, quando explica que *não basta desentranhar a prova, deve-se desentranhar o juiz.*[44] Do mesmo bordo, *in verbis:*

"Acreditar que o juiz que manteve contato direto com uma prova ilicitamente produzida (e oportunamente desentranhada) vai julgar exclusivamente com base na razão é enxergar o processo de forma poética, desapegada da realidade. Se mesmo com o afastamento do julgador originário não se consegue superar os prejuízos que uma prova ilícita causa ao acusado (é inegável que o novo julgador também não se encontrará no ápice de sua imparcialidade!), que dirá de sua manutenção na condução do processo. A declaração de sua suspeição é fator de justiça, por ser a medida menos afrontosa à dignidade processual".[45]

É que considerando a subjetividade do julgador, coloca-se em questionamento a própria forma de pensar do ser humano, na medida em que não há como uma pessoa fechar os olhos para o que viu ou ouviu, isto é, tentar contrariar uma convicção que mesmo inconscientemente se faz presente.

Inaceitável, assim, que, em prol de tentar diminuir a morosidade do processo penal tenha-se uma leva de julgamentos parciais, pois, um processo ineficiente nada mais é do que a negação de sua instrumentalidade, como bem ressalta Maria Elizabeth Queijo:

"(...) ao permitir que o juiz que teve contato com a prova declarada ilícita venha a proferir a sentença ou o acórdão, os avanços alcançados por meio da Lei 11.690 ficam minimizados, porque a norma do § 4.º do art. 157 foi o mecanismo mais eficiente encontrado para realmente impedir que o julgador forme seu convencimento com base na prova obtida ilicitamente. Desse modo, o desentranhamento das provas ilícitas e daquelas dela derivadas pouca valia terá sobre a formação da convicção do julgador, já afetada pelo contato com aquelas provas, ainda que tal convencimento não seja exteriorizado, de forma expressa, na fundamentação de sua decisão".[46]

Por uma questão de peso e prioridade, um processo constitucional demorado prepondera sobre um processo penal rápido, mas inconstitucional.

Celeridade e simplicidade são meras tentativas infrutíferas quando não garantem a eficiência processual na ótica e nos limites constitucionais, distanciando-se,

44. LOPES JR., Aury. Bom para que(m)? *Boletim IBCCrim*. ano 16. n. 188. p. 9-10. São Paulo: IBCCrim, jul. 2008.

45. SICORA, Karol; PINHEIRO, Rafael Camparra; RIGER, Renata Jardim da Cunha. Reformas processuais penais em debate: a disciplina da atividade probatória e o ideal político da Lei n. 11.690/2008. *Revista de Crítica Jurídica*. vol. 2. Periódico quadrimestral de crítica ao direito. set.-dez. 2009. Disponível em: [http://criticajuridica.com.br]. Acesso em: 14.10.2012.

46. QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. *Boletim IBCCrim*. ano 16. n. 188. p. 18-19. São Paulo: IBCCrim, jul. 2008.

inclusive, do próprio princípio da razoável duração do processo, quando a busca por rapidez se justifica e se consuma com a supressão de garantias fundamentais do acusado.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, Pacto de São José da Costa Rica – Dec. 668, de 06.11.1992 – traz em seu bojo os princípios da imparcialidade do julgador e da razoável duração do processo. Como institutos principiológicos norteadores da prestação jurisdicional, os quais não se excluem, mas se somam para coexistir harmonicamente.

É que a razoável duração do processo inclui automaticamente a observância de todas as outras garantias fundamentais do acusado, como a imparcialidade, porque a supressão de garantias fundamentais nega, em verdade, a própria duração razoável do processo, tornando-o inidôneo.

As garantias se somam e não se excluem.[47]

4. A (IM)PARCIALIDADE DO MAGISTRADO

Magistrados, desde a primeira até a última instância, têm a função jurisdicional de aplicar o direito ao caso concreto com integral respeito à Constituição da República Federativa do Brasil, a fim de legitimar a função jurisdicional de solucionar os conflitos.

"Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior às demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter".[48]

Para tanto, devem os Poderes Legislativo e Executivo operar para que os mandados, que produzam e como consequentes do processo legislativo, em que são interativos, concretizem atuação jurisdicional, em molde constitucional; colimando que as decisões judiciais exsurgidas do jus puniendi, estejam alicerçadas e embasadas nas vertentes garantistas advindas do modelo acusatório defluente do Estado Democrático de Direito.

47. É o que se vê no art. 8.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica): "Art. 8. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza".

48. SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 494.

SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 203-240. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

Para a proteção integral dos direitos e garantias dos acusados, que não podem ser julgados por juízes parciais e condenados com fulcro em provas de natureza ilícita, o legislador deve priorizar a neutralidade judiciária, em atenção à sede intrínseca dos magistrados que, homens falíveis, desfrutam de percepções comuns à condição humana, elaborando dispositivos legislativos que afastem a possibilidade de julgamentos parciais.

Daí dizer-se que o magistrado que tem contato com a prova ilícita tem sua imparcialidade comprometida, pois, por maior esforço e boa vontade que tenha em manter-se neutro, em face dela, jamais esquecerá o que leu ou ouviu. A relação dele, com a prova ilícita, consciente ou inconscientemente, sempre restará influente no seu atuar, dali em diante e, inclusive, em seu decisum final e porque inexoravelmente radicada em seu juízo.

Para evitar situação de insegurança jurídica, é imperiosa a elaboração de dispositivos legais que garantam a inocorrência de situações como esta.

Logo, a elaboração de leis de índole penal instrumental deve dar concretude vital aos ditames constitucionais garantistas e especificamente porque, em matéria criminal, o provimento final de processo, ou mesmo o mero manejo de ação penal, colocam potencialmente em risco a liberdade do acusado. Deve-se priorizar, portanto, a segura aplicação da norma no âmbito do Poder Judiciário, em respeito à legalidade constitucional[49] e porque, como leciona Paulo Rangel:

"(...) não se admite a punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na constituição, como já dissemos, são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o direito positivo, como no passado. Hodiernamente, o grande embate é entre normatividade e efetividade nos direitos previstos na constituição, ou seja, estão previstos, disciplinados, consagrados (normatizados), mas não são garantidos, aplicados, concedidos (efetivados)".[50]

O processo legislativo insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil deve ser instrumento idôneo, para realização do devido processo legal constitucional, se iniciado, executado e concluído no limite dos ditames constitucionais materiais intrínsecos e extrínsecos.[51] Assim, para adequada concretização da pacificação social, os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo devem, em suas fun-

49. Idem, p. 471.

50. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 460.

51. "O processo legislativo compreende a elaboração de normas constitucionais e legais. Na lição de Nelson de Souza Sampaio, as 'normas que regulam a produção – criação, modificação ou revogação – de normas gerais, constituem o processo legislativo, que pode ser visualizado em termos sociológicos e jurídicos." SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 269.

ções típicas e atípicas, formal e materialmente, salvaguardar os direitos e garantias constitucionais dos cidadãos, proporcionando ao jurisdicionado, processo justo e humano, consequentemente imparcial.

A Constituição da República Federativa do Brasil é hábil à promoção de julgamentos que em tudo respeitem a dignidade da pessoa humana, para que, equânime e independentemente, pacifiquem-se os conflitos sociais submetidos ao Judiciário.

Do contrário, rompe-se o Contrato Social.[52] Pois a justificação para submissão do cidadão ao crivo do Poder Judiciário é o bem comum e somente um magistrado sereno e imparcial cumpre a sua verdadeira missão no interesse da sociedade e em defesa dele.

"Se cada cidadão tem obrigações a cumprir para com a sociedade, a sociedade tem igualmente obrigações a cumprir para com cada cidadão, pois a natureza do contrato consiste em obrigar igualmente as duas partes contratantes. Esse liame de obrigações mútuas que desce do trono até a cabana e que liga igualmente o maior e o menor dos membros da sociedade tem como fim único o interesse público, que consiste na observação das convenções úteis à maioria. Violada uma dessas convenções, abre-se a porta à desordem. A palavra obrigação é uma das que se empregam mais frequentemente em moral do que em qualquer outra ciência. Existem obrigações a cumprir no comércio e na sociedade. Uma obrigação supõe um raciocínio moral, convenções racionadas. Não se pode, porém, emprestar à palavra obrigação uma ideia física ou real. É palavra abstrata que precisa ser explicada. Ninguém pode obrigar-vos a cumprir obrigações sem saberdes quais são tais obrigações".[53]

Para Alexy, a observância do princípio da imparcialidade é condição de existência do próprio direito de punir do Estado,[54] que encontra limites constitucionais, em tudo, protetivos do cidadão. É o que entende Bobbio, ao asseverar que "Direito e poder são duas faces de uma mesma moeda: só o poder pode criar direito e só o direito pode limitar o poder". Destacando, ainda, que: "O Estado despótico é o tipo

52. "Os postulados do garantismo e da efetividade é que vão tornar possível o oferecimento de um processo impregnado de humanismo que prima pela qualidade das decisões. (...). Neste diapasão, a tutela jurisdicional efetiva não é apenas uma garantia, mas sim, ela própria, 'um direito fundamental', cuja eficácia é preciso assegurar, em respeito à dignidade da pessoa humana, o processo deve ter o maior alcance prático e a menor restrição e custo possíveis aos direitos do cidadãos. Esta é, efetivamente, a maior contribuição da teoria dos direitos fundamentais ao direito processual." RAMOS, Carlos Henrique. *Processo civil e o princípio da duração razoável do processo.* Curitiba: Juruá, 2008. p. 40-41.

53. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* 2. ed. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 32-33.

54. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 86.

ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do poder; no extremo oposto, encontra-se o Estado democrático, que é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do direito".[55]

Portanto, a imparcialidade é o fundamento, o escopo e o limite do Poder Judiciário, posto como premissa de justificação do *jus puniendi*, como já afirmado e porque ele é qualificado como *Poder nas Constituições*, conforme dicção de Sálvio de Figueiredo Teixeira, extraída de sua clássica obra, *O juiz*.[56]

Referentemente à importância dos enunciados principiológicos é de grande relevância o ensinamento do professor Paulo Bonavides, "(...) os princípios, por serem postos no mais alto grau da escala normativa, se tornam as normas supremas do ordenamento jurídico. Ensina ainda que os princípios servem de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos".[57] Os princípios implícitos e explícitos que exsurgem da Gloriosa Carta Magna gozam do mais alto grau de notoriedade e são de relevância suprema para legitimar a atividade do Estado-juiz de dizer o Direito, razão pela qual devem ser observados por todos os Poderes.

Já se percebe o equívoco que se sedimentou no direito pátrio com o consequente distanciamento da busca por imparcialidade do magistrado que o veto presidencial em testilha enseja.[58] O Congresso Nacional e o Presidente da República, atentos à missão dos membros do Poder Judiciário, tinham o dever, enquanto representantes do povo, de firmar condições formais de normatividade, para posterior concretização material de aplicabilidade do direito, visando o efetivo exercício da jurisdição, em dimensão de imparcialidade.

---

55. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 23.

56. "Como se vê, o Judiciário, que nesse País felizmente é qualificado como Poder nas Constituições, não obstante tantas restrições e dificuldades de ordem prática e política, e que muito aquém está das expectativas da sociedade contemporânea, como, aliás, sempre esteve, deve impor-se como verdadeiro Poder (...). Só assim teremos o Judiciário que a sociedade está a reivindicar e que todos desejamos: eficiente, ágil, confiável, afirmativo, sensível às transformações sociais e aos sonhos de felicidade da alma humana." TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 95.

57. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 289-290.

58. Veja-se. "A própria autonomia do Direito Processual teve por suporte de demonstração da autonomia da relação jurídica processual, da qual o juiz é o vértice como terceiro imparcial, 'inter et super partes', que a entendamos angular ou trilateral. É o juiz a sua 'coluna vertebral', principal sujeito e diretor do processo, cuja atuação, no magistério de Celso Barbi, é sempre responsabilizada por grande parcela do bom e mau funcionamento das instituições processuais" (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Op. cit., p. 159).

Sem dúvida, o ordenamento instrumental penal deve efetivar garantias e proibições constitucionais e não surgir como empecilho à necessária busca por constitucionalização do processo, pois, a promoção da parcialidade judiciária traduz verdadeiro desrespeito aos anseios de quem na Justiça busca socorro e procura respostas.

Já dizia Sócrates que *três coisas devem ser feitas por um juiz: ouvir atentamente, considerar sobriamente e decidir imparcialmente.* Ainda insta atenção para a visão de Carnelutti que eleva a imparcialidade do juiz a milagre do homem, o qual, enquanto consegue não ser parte, supera-se a si mesmo.

Um juiz não contaminado é um pressuposto para que a relação processual se instaure validamente e é nesse sentido que se diz que a atuação dos Poderes deve se apresentar de maneira a legitimar a atuação do juiz porque o órgão jurisdicional deve ser *subjetivamente capaz*,[59] ou seja, imparcial. Quaisquer circunstâncias subjetivas ou objetivas de que ele tenha conhecimento influenciará na sua decisão e, como ensina Jesús González Pérez, "para ser efetiva a tutela jurisdicional, deve haver a presença do direito a um juiz imparcial, que é uma das condições para a sentença".[60]

A imparcialidade não é algo naturalmente inerente ao magistrado, mas, sim, uma "meta a ser atingida por ele no exercício da jurisdição, razão por que é necessário criar mecanismos capazes de garanti-la".[61] Portanto, em vez de suprimir institutos que a pudessem garantir, teria sido melhor que o legislador atentasse para o fato incontestável em ser impossível colocar nas mãos do magistrado, conteúdo probatório ilícito e relacionado ao processo; para, somente e depois, então, exigir-lhe que ele fosse esquecido e para desconsiderar tudo aquilo de que, por um dos seus sentidos, ele tomara conhecimento.

Por isso, afirma-se que a sequência ideal seria o desentranhamento da prova ilícita e, posteriormente o afastamento do magistrado, que dela tivera conhecimento e como explica Luiz Flávio Gomes, *in verbis*:

"Apesar do veto presidencial ao novo § 4.º do art. 157 do CPP, tudo quanto acaba de ser dito não deixa de ser uma opinião doutrinária absolutamente respeitável e razoável. Conclusão: todo processo que contenha uma prova ilícita deve ser anulado, total ou parcialmente. Caso já tenha sentença, esta também deve ser anulada. Sempre. Em seguida, desentranha-se dos autos a prova ilícita, que será devidamen-

59. DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 58.

60. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional.* Madrid: Civitas, 1980. p. 123-129.

61. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do direito processual penal brasileiro. *Separata ITEC.* ano 1. n. 4. p. 14. jan.-fev.-mar 2000.

SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 117. ano 23. p. 203-240. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

te inutilizada. O ato seguinte consiste em refazer o processo ou proferir uma nova sentença, não se admitindo a participação do juiz (anteriormente) contaminado, sob pena de gravíssima violação da garantia do juiz imparcial, contemplada no art. 8.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos".[62]

Vê-se a indispensabilidade do parágrafo vetado enquanto condição para eficácia concreta dos direitos e garantias do acusado, que agora não dispõe de proteção integral e necessária do Estado garantista.

Sem embargo, a imparcialidade é medida que se impõe, não somente em virtude de sua inserção no sistema brasileiro, mas, também, em diversos segmentos internacionais. A título de exemplo, temos a consagração do direito ao julgamento por juiz imparcial, no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos de São José da Costa Rica, bem como no art. 6º do Convênio Europeu para a proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.

Trata-se de um princípio supremo do processo.[63]

Para o espanhol Miguel Angel Montañes Pardo:

"La imparcialidad de Jueces y Magistrados, junto con la independencia, son condiciones necesarias para el ejercicio de la jurisdicción pues si los Jueces y Magistrados no son independientes no puede decirse, con rigor, que se administra verdadera justicia consustancial con el Estado de Derecho. Así, pues, independencia e imparcialidad por lo que se refiere a la jurisdicción: la independencia por lo que se refiere a la jurisdicción como potestad y la imparcialidad a la jurisdicción como función. Esclarece, todavía, que 'la imparcialidad judicial siempre ha sido una aspiración del justiciable, interesado en conocer la vinculación o desvinculación del juez al resolver la cuestión de Derecho'".[64]

Complementa Carnelutti, "el juicio es un mecanismo delicado como un aparato de relojería: basta cambiar la posición de una ruedecilla para que el mecanismo resulte desequilibrado e comprometido".[65]

Assim, o Poder Judiciário só cumpre sua função quando goza de alto grau de imparcialidade, pois a atividade decisória não fosse realizada por um ente colocado na relação processual entre e além das partes, seria puro ato de força, como explica Zaffaroni, erigindo o princípio da imparcialidade a pressuposto de existência da

62. GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita... cit.

63. ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal*. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997. p. 127.

64. MONTAÑES PARDO, Miguel Ángel. *El derecho al juez imparcial en el proceso penal. Estudiosos del Ministerio Fiscal*. Madrid, 1994. n. 1. p. 341.

65. CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1994. p. 342. Colección Clásicos Del Derecho.

própria jurisdição, ao testificar que "a jurisdição não existe se não for imparcial" ou seja, sem imparcialidade, não há jurisdição.[66]

5. (IN)SEGURANÇA JURÍDICA, CREDIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Após traçar panorama das trágicas consequências do contato do juiz com a prova contaminada, notadamente no campo do direito penal econômico, em que há patente complexidade e sutileza na produção de provas, cabe analisar para além dos efeitos internos da contaminação, o seu impacto perante a sociedade.

É basilar a necessidade de precisão da lei processual penal de modo a dar consistência aos preceitos básicos constantes da Constituição da República Federativa do Brasil e de outros diplomas internos e internacionais com ela harmonizados. A legislação pensada e coerente com o sistema democrático é o passo inicial para o alcance do ideal de segurança jurídica.[67]

Leis garantistas, naturalmente, decorrem dos postulados inerentes ao Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade e, notadamente, a controlabilidade dos atos jurisdicionais, que devem ser, sobretudo, imparciais.

As normas de conteúdo comportamental, das quais emana o parâmetro para os magistrados agirem durante o processo e, igualmente, para decidir, são normas que os limitam e condicionam, para atender ao devido processo legal penal, que só se cumpre com o respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado.

Isso traz a lume a vinculação do juiz à Constituição da República Federativa do Brasil, pois é a vinculação dele aos parâmetros fundamentais dela que garante o resultado justo da decisão. Com isso, a vinculação do juiz a determinados critérios é pressuposto de validade do julgado e, muitas vezes, de existência da relação processual.

---

66. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 85-86.

67. Entende o Mestre José Afonso da Silva que: "As ideias de segurança, ordem e certeza formam os valores do direito positivo. Mas é o valor do justo que deve merecer a primazia, porque o direito, especialmente o direito constitucional, há de ser o meio de sua realização. A segurança, a ordem e a certeza há de ser sempre valores instrumentais da efetivação da justiça na sua feição social. Sem essa ideia de justiça e segurança, a ordem e a certeza podem derivar para o arbítrio. Onde a justiça reina, a convivência democrática estará salvaguardada" (SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 28-29).

O juiz é o servidor da Justiça que tem como função precípua fazer o justo, nos ditames da ordem jurídica e social vigentes, por meio de decisões imparciais. Sua relação com a concretização e promoção dos valores da Justiça está como a relação do médico com a saúde de seus pacientes.

Uma decisão não justa é uma decisão ruim e um juiz que não prolate decisões rigorosamente justas, não está cumprindo sua função perante a sociedade que dele espera um agir ciente e consciente, calcado sempre e impreterivelmente na ideologia de Justiça.

Para tanto garantir, de total relevância faz-se a elaboração de leis de conteúdo formal que norteiem e delimitem a sua conduta, a fim de lhe assegurar o cumprimento efetivo de seu papel jurídico-social e, consequentemente, legitimar o processo penal, sem dar margem a julgamentos injustos.

O problema surge, com maior gravidade, quando o legislador não corporifica instrumentos mínimos, para assegurar formal e materialmente, decisões sem vícios e sem relativizar direitos fundamentais do acusado e tais como são aquelas que propiciam a permanência do magistrado contaminado, pela prova ilícita, no processo. Do qual ela fora excluída e da qual ele tivera conhecimento, ante a ausência de lei, que preveja impositivamente a sua substituição.

A promoção da parcialidade do magistrado, em vista da ausência de regras, que garantam a sua imparcialidade, mitiga a segurança jurídica, de suma importância jurídica e social e sem a qual deixa-se a sociedade a mercê de possíveis arbitrariedades, camuflada em uma sentença aparentemente jurídica.

Extrai-se de julgado do STJ o comprometimento da imparcialidade do magistrado como fato gerador de insegurança jurídica:

"Ordem concedida para determinar o desentranhamento das provas decorrentes da quebra do sigilo fiscal realizada pelo Ministério Público sem autorização judicial, cabendo ao magistrado de origem verificar quais outros elementos de convicção e decisões proferidas na ação penal em tela e na medida cautelar de sequestro estão contaminados pela ilicitude ora reconhecida".[68]

Ora, destaque-se, *cabendo ao magistrado de origem verificar quais outros elementos de convicção e decisões proferidas na ação penal em tela e na medida cautelar de sequestro estão contaminados pela ilicitude ora reconhecida.* Sem mais, na situação do aresto referido, o magistrado ali mencionado está consciente e inconscientemente contaminado, pela prova ilícita, achando-se impossibilitado de proferir uma decisão puramente imparcial e, consequentemente, justa. Houvesse lei prevendo a sua substituição, não haveria risco de jurisdição parcial.

68. BRASIL. STJ, HC 160.646/SP, 5.ª T., j. 01.09.2011, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 19.09.2011.

O risco está aí.

A submissão da sociedade a um ordenamento perigoso e arbitrário é um retrocesso jurídico, já tratado por Beccaria, em sua obra *Dos delitos das penas*.

Destarte, a importância do parágrafo vetado era defender um regime probatório digno de um Estado de Direito, sem o qual dá-se azo a arbitrariedade tamanha que desperta nos destinatários das normas o sentimento de medo, de pura insegurança jurídica.[69]

Logo, toda vez que o juiz tomar conhecimento da prova ilícita, a justiça penal se tornará um mito e a figura mais prejudicada com isso é imediatamente o acusado e mediatamente a sociedade, que são os destinatários finais dos julgamentos contaminados de paixões e emoções e de opiniões pré-formadas.

A quebra das *limitações inerentes ao jogo democrático*[70] deturpa a aparência que o Poder Judiciário deve transmitir aos submetidos à sua jurisdição. Ora, se o juiz toma conhecimento de uma prova ilícita, tendo sua convicção abalada, resta óbvio que a confiança no Poder Judiciário estará negativamente afetada. Afinal, a sociedade deve confiar na tutela jurisdicional prestada pelo Estado.

Portanto, como consequência da supressão do veto, que revela a incompatibilidade psicológica do juiz contaminado para julgar, o Judiciário perde sua credibilidade e, sendo assim, a coletividade passa a temer e não mais acreditar nas decisões judiciais. Canotilho ensina que:

"O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma

69. "O fim do Direito é propiciar o máximo de felicidade aos homens, assegurando-lhe a paz e a harmonia na vida social. As leis hão de nortear-se para esse objetivo, isto é, para a Justiça. Quando se transviem, serão injustas. Deve o juiz, aconselha Stammler, para cumprir sua missão, professar ambas as espécies de Justiça. Como conciliá-las, em cada caso, é dificuldade, não pequena, que à Hermenêutica jurídica incumbe resolver. Não há esquecer, finalmente, pela sua alta espiritualidade, a definição romana que Fabreguettes desejava gravada, em mármore, no pórtico de todos os tribunais: 'Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. L. 10, tit. De justitia et jure'. A vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu – admirável programa para a vida de um juiz." GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 35-36.

70. Expressão usada por: LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 90.

dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada como elementos objetivos da ordem pública – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos".[71]

O princípio da proteção da confiança nada mais é do que a preservação e o cuidado que os Poderes estatais devem ter com a confiança neles depositada pelos cidadãos.

O Juiz Federal Valter Shuenquener de Araújo testifica, em seu livro sobre o princípio da proteção da confiança, que "a confiança depositada nas instituições estatais deve ser respeitada. Caso contrário, as pessoas evitarão relacionar-se juridicamente com o Estado e buscarão vias alternativas e não tão idôneas, para a preservação de seus interesses".[72]

O ato irresponsável de não assegurar formalmente a substituição do magistrado contaminado pela prova ilícita é puro retrocesso ao obsoleto e ultrapassado sistema inquisitivo, colocando as decisões judiciais em descrédito, jogando-se às favas a luta por um devido processo penal democrático e constitucional, sobretudo, contraditório. Segundo Denise Neves Abade:

"(...) com delineamentos na antiguidade grega, fortalecendo-se no direito romano e passando pelo direito germânico, o sistema acusatório, concebido contemporaneamente como um dos corolários do devido processo legal em matéria penal, foi seguindo na Europa continental uma trajetória ascendente até o século XIII, quando quase desapareceu, graças ao incremento de outro sistema de administração da justiça penal: o sistema inquisitivo".[73]

A psicanalista Eliana Riberti Nazareth, em artigo publicado no *Caderno Jurídico* da Escola Paulista da Magistratura demonstra o quão a credibilidade no juiz é importante quando diz que ele:

"(...) preenche um lugar fundamental não só na sociedade, mas no imaginário das pessoas. Ele ocupa o lugar simbólico de pai orientador e norteador. É o representante do superego social, ou, como chamamos, *o grande pai* orientador e repressor. De seu adequado posicionamento psicológico, além do saber técnico, irá de-

71. CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 256.

72. ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009. p. 8.

73. ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 117.

pender a qualidade de suas decisões e, portanto, o atendimento mais satisfatório das necessidades dos cidadãos".[74]

A preocupação com a imparcialidade, em concepção social e jurídica, exterioriza-se a partir da vertente basilar de que o sistema judiciário não pode ser considerado democrático se houver a tolerância com reformas processuais que nada mais são do que a promoção de insegurança jurídica, como foi a reforma processual penal de 2008.

Esquece-se que o juiz ao exercer o seu *jus puniendi* está apenas representando o Estado e, por isso, prestando serviço público de interesse social aos submetidos ao seu crivo. Serviço que deve ser prestado com todas as cautelas possíveis, para promover a felicidade coletiva.

Para tanto, o Poder Legislativo é responsável por criar um sistema processual completo e isento de vícios, alicerçado em raízes plenamente constitucionais, sendo que a ausência de leis garantistas gera um sistema positivo falido e, assim, não justifica a existência de um órgão com direito de punir, como ensina Mário Guimarães, ao lecionar que: "O fim do Direito é propiciar o máximo de felicidade aos homens, assegurando-lhe a paz e a harmonia na vida social. As leis hão de nortear-se para esse objetivo, isto é, para a Justiça".[75]

Neste momento, a única forma de recuperar a perdida segurança jurídica pelo veto presidencial em testilha e, assim, a higidez democrática do processo penal, é a apreciação da situação pelos nossos tribunais ou a inserção da questão no futuro Código de Processo Penal.

Se a causa de tanta injustiça está na morosidade do desfecho processual, é de se pensar que, em vez de suprimir direitos e garantias fundamentais do acusado, poder-se-ia buscar minimizar um dos problemas que realmente gera morosidade processual penal, que é a quantidade insuficiente de magistrados diante do número exacerbado de demandas, *permissa venia*.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O veto presidencial do § 4.º do art. 157 do CPP, que previa a substituição do magistrado que tomasse conhecimento do conteúdo de prova considerada ilícita, teve como fundamento a busca por celeridade e simplicidade do desfecho processual penal.

Entretanto, o parágrafo vetado apresentava-se como um avanço no ordenamento jurídico brasileiro, sob a égide da concretização plena, em âmbito infraconstitu-

74. NAZARETH, Eliana Riberti. Op. cit., p. 114.

75. GUIMARÃES, Mário. Op. cit., p. 35-36.

SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 203-240. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

cional instrumental, do princípio da imparcialidade. Notadamente em sede do direito penal econômico e ante a complexidade e a sutileza de se apurar a autoria e a materialidade delitiva desta espécie de criminalidade, especialmente via interceptações telefônicas e quebras do sigilo bancário e fiscal, porque estas ficarão registradas no íntimo do juiz que delas teve conhecimento.

Assim, nos fundamentos do veto, não houve qualquer preocupação com o comprometimento da imparcialidade do magistrado. Ignorou-se completamente a contaminação psicológica do juiz, bem como as possíveis arbitrariedades disto advenientes. Manteve-se o entendimento jurisprudencial em afastar fisicamente a prova ilícita, desentranhando-a dos autos e a determinação de que o juiz não fundamente seu *decisum* expressamente na prova contaminada.

No campo psíquico, todavia, a prova ilícita continua presente, posta no íntimo do magistrado que dela tomou conhecimento, de maneira que ele continuará no feito, tão somente não podendo fundamentar sua decisão com base na prova desentranhada. Evidentemente, por ser ele um ser humano, consciente ou inconscientemente, o conteúdo ilícito influenciará em sua decisão final, tornando-a injusta, ainda mais no campo fértil dos crimes econômicos, em que a produção de provas ilícitas é a regra.

A preocupação com a morosidade do processo é válida desde que não se sobreponha aos direitos e garantias fundamentais do acusado, sob pena de relativizar a dignidade da pessoa humana do acusado e o devido processo penal constitucional. Mesmo porque, a condição para legitimar a submissão de alguém ao Poder Judiciário é justamente que o julgador seja imparcial.

Esquece-se que o acusado não é um objeto nas mãos do Estado, mas, sim, um sujeito de direitos que merece proteção integral dos órgãos e sistemas vigentes; destarte, que o processo penal é o instrumento que maior impacto exerce sobre o ser humano, pois coloca em risco a sua liberdade. Ignorando-se, ainda, que a finalidade do desfecho processual só é cumprida quando há completa concretização das garantias do acusado, pois, o processo é, em essência, protetivo e de caráter inibidor de possíveis arbitrariedades estatais. Ou seja, a origem e a ideia de *processo* é limitar a atuação do Estado enquanto detentor do *jus puniendi* e não prejudicar o acusado.

A preocupação com a imparcialidade do juiz é diferencial que há entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo, de que se extrai o retrocesso jurídico-social do veto presidencial, a sedimentar no regime probatório cenário de ilegitimidade do Poder Judiciário, com reflexos marcantes nos crimes de natureza econômica.

Assim, o Direito para cumprir as suas finalidades essenciais, deve ser posto e aplicado sob a perspectiva da Constituição da República Federativa do Brasil, em que estão cotejados valores fundamentais da sociedade, por meio dos princípios

SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 203-240. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

que devem nortear as relações jurídicas e a legalidade das decisões judiciais, do que resulta a certeza de que o veto rompe a confiança depositada pela sociedade no Poder Judiciário, comprometendo sua credibilidade perante ela.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. Proceso y derecho procesal. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997.

ARAUJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. 2. tir.. São Paulo: Ed. RT, 1999.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONATO, Gilson. Por um efetivo devido processo penal. In: BONATO, Gilson (org.). *Direito penal e processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAGLIARI, José Francisco. Prova no processo penal. *Revista Justitia*. vol. 63. n. 195. p. 78-100. São Paulo, jul.-set. 2001.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. México: Editorial Pedagógica Iberoameicana, 1994. Colección Clásicos Del Derecho.

_____. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antônio Cardinalli. Conan, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do direito processual penal brasileiro. *Separata ITEC*. ano 1. n. 4. p. 14. jan.-fev.-mar 2000.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Com a palavra, as partes. *Boletim IBCCrim*. n. 188. p. 17. São Paulo: jul. 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FELICIO, Érick Vanderlei Micheletti. A reforma dos dispositivos processuais penais relativos à prova: Lei 11.690/2008. Disponível em [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 1º.10.2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*. 3. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e outros. Madrid: Trotta, 1998.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JR., Marcos Júlio Olive. *Psicologia aplicada ao direito*. 1. ed. São Paulo: Ed. LTr , 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita, juiz contaminado e o direito penal do inimigo. Disponível em: [www.lfg.com.br]. Acesso em 20.10.2012.

_____; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1980.

GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LOPES JR., Aury. Bom para que(m)? *Boletim IBCCrim*. ano 16. n. 188. p. 9-10. São Paulo: IBCCrim, jul. 2008.

_____. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Método, 2008.

MENEGAZ, Daniel da Silveira. *Lavagem de dinheiro: os mecanismos de controle penal na Justiça Federal no combate à criminalidade*. Curitiba: Juruá, 2012.

MONTAÑES PARDO, Miguel Ángel. *El derecho al juez imparcial en el proceso penal. Estudiosos del Ministerio Fiscal*. Madrid, 1994, n. 1.

NAZARETH, Eliana Riberti. A influência dos fatores psicológicos inconscientes nas decisões judiciais. *Cadernos Jurídicos*. vol. 4. n. 17. São Paulo.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. *Boletim IBCCrim*. n. 188. São Paulo: IBCCrim, jul. 2008.

RAMOS, Carlos Henrique. *Processo civil e o princípio da duração razoável do processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SAAD, Marta. Lei 11.690/08 e as provas ilícitas por derivação. *Boletim IBCCrim*. n. 188. São Paulo: IBCCrim, jul. 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crise e desafios da Constituição*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SICORA, Karol; PINHEIRO, Rafael Camparra; RIGER, Renata Jardim da Cunha. Reformas processuais penais em debate: a disciplina da atividade probatória e o ideal po-

lítico da Lei n. 11.690/2008. *Revista de Crítica Jurídica*. vol. 2. Periódico quadrimestral de crítica ao direito. set.-dez. 2009. Disponível em: [http://criticajuridica.com.br]. Acesso em: 14.10.2012.

SILVA, Ivan Luís Marques da. *Reforma Processual Penal de 2008*. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

TASSE, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. *O novo sistema de provas no processo penal – Comentários à Lei 11.690/08*. 1. ed. Curitiba Juruá, 2008.

TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

WELTON, Roberto. A influência dos meios de comunicação na imparcialidade dos jurados. *Boletim IBCCrim*. vol.12. n. 142. p. 7-9. São Paulo: IBCCrim, set. 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Ed. RT, 1995.

ZILL, Marcos. O pomar e as pragas. *Boletim IBCCrim*. n. 188. São Paulo: IBCCrim, jul. 2008.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas, de Jardel Luís da Silva e Yuri Felix – *RBCCrim* 111/209 (DTR\2015\243).

SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 203-240. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

Impugnação da medida cautelar de sequestro por meio dos embargos de terceiro no processo penal

The third party motion to challenge the measure of seizure in criminal procedure

Rafael Serra Oliveira

Mestre em ciências jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra.
Especialista em Direito Penal Econômico pela FGV-SP. Advogado.
rafael@serraoliveira.com.br

Área do Direito: Processual; Penal

Resumo: As medidas assecuratórias sempre foram marginalizadas pelo legislador e aplicadores do direito. Com o crescimento dos crimes econômicos, o cenário se modificou e, por conseguinte, diversos problemas práticos vieram à tona, dentre eles a discussão sobre o meio de impugnação adequado para discutir a decisão que determina o sequestro de bens. O presente estudo buscará, então, a partir da análise da tutela cautelar patrimonial no processo penal, passando pelo exame de sua natureza incidental no âmbito penal, sua finalidade e pressupostos, elementos para demonstrar o espaço ocupado pelas medidas cautelares reais na esfera penal e, com isso, encontrar o meio idôneo para impugnação da medida de sequestro. Nessa tarefa, será necessário diferenciar o sequestro das demais medidas assecuratórias e, fundamentalmente, examinar a doutrina que afasta do acusado a legitimidade de opor os embargos de terceiro contra a determinação de sequestro, propondo o exercício da defesa por meios alternativos, seja pelo mandado de segurança, seja por apelação. Após essa apreciação, com alicerce no direito processual civil, propor-se-á nova interpretação da previsão legal de interposição dos embargos de terceiro, incluindo entre os legitimados o acusado, de modo a ser este o meio idôneo para impugnar a determinação do sequestro de bens, deixando os embargos do acusado e

Abstract: Assurance measures have always been marginalized by the legislator, legal practitioners and judges. With the increase in economic crime, this scenario has changed and, as a consequence, several practical problems have arisen, including a discussion on the means of the adequate challenge to discuss the decision that determines the seizure of assets. This study shall thus seek, based on the analysis of the provisional remedy in criminal procedure, including an examination of the incidental nature within the area of criminal procedure, its purpose and presumptions, elements in order to show the space occupied by real assurance measures within the field of criminal law and thus find a fair way to challenge the measure of asset seizure. In that task, it will be necessary to differentiate the seizure from the other provisional remedies and thoroughly examine the legal theory that denies the accused any right to file a third party motion to challenge the measure of seizure, proposing the defense by alternative methods, whether through a writ of mandamus or an appeal. After that appreciation, founded on the law of civil procedure, a new interpretation will be proposed for the legal provision of the filing of a third party's motion in criminal procedure, including the accused among the parties entitled to do so, in such a way that it becomes the fair means to challenge

Oliveira, Rafael Serra. Impugnação da medida cautelar de sequestro por meio dos embargos de terceiro no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 241-262. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

do terceiro de boa-fé numa posição subsidiária, os quais são cabíveis apenas nas hipóteses taxativas previstas pelo Código de Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela cautelar - Processo penal - Medidas assecuratórias - Sequestro - Embargos de terceiro.

the determination of asset seizure, assigning a subsidiary position to the motions of the accused and of the third party acting in good faith that will only apply in the restrictive hypotheses stipulated by the Code of Criminal Procedure.

KEYWORDS: Provisional remedy - Criminal procedure - Assurance measures - Seizure - Third party motion.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Tutela cautelar patrimonial no processo penal: 1.1 Pressupostos da tutela cautelar patrimonial no processo penal - 2. Medidas assecuratórias penais: 2.1 Sequestro: 2.1.1 Sequestro de bens imóveis; 2.1.2 Sequestro de bens móveis - 3. Meios de defesa contra a decisão que decreta a medida cautelar de sequestro: 3.1 O lugar comum na interpretação dos embargos previstos no Código Penal; 3.2 A interpretação proposta - 4. Considerações finais - 5. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Durante muito tempo o direito penal se preocupou basicamente com a aplicação da pena restritiva de liberdade aos infratores, deixando à margem do seu âmbito de discussão os temas relacionados à reparação do dano causado à vítima e aos valores auferidos pelo agente com a atividade criminosa.

No entanto, com o crescente número de investigações e ações penais envolvendo crimes econômicos, também ganhou importância o perdimento dos produtos do crime, uma vez que nessa modalidade delituosa geralmente estão envolvidas quantias vultosas.

Como bem destaca Aury Lopes Jr.:

"No Brasil, durante muito tempo, as medidas assecuratórias permaneceram em profundo repouso, sem utilização, tornando-se ilustres desconhecidas nos foros criminais. Mas isso é passado e, na última década, com a crescente expansão do direito penal econômico e tributário, as medidas assecuratórias estão na pauta do dia" (2009, p. 171).

Nesse contexto, os debates sobre as medidas cautelares patrimoniais ganharam espaço e, atualmente, são regularmente decretadas pelos magistrados e contestadas pela defesa técnica.

Ocorre que, pelo fato de as medidas assecuratórias terem sido por muito tempo *maltratadas*, para usar a expressão de Vicente Greco Filho (2009, p. 176), – apesar de ser antiga a sua previsão legal –, muitas dúvidas ainda pairam sobre a matéria.

Entre os problemas práticos que o operador do direito se depara, destaca-se a falta de clareza da legislação ao tratar sobre os meios de impugnação cabíveis contra as decisões que decretam as cautelares patrimoniais.

Notadamente, na hipótese de decretação da medida cautelar de sequestro, há enorme divergência sobre o meio de impugnação cabível. Muito embora haja previsão legal para interposição de embargos de terceiro – estranho e de boa-fé – e do acusado, como se verá, o seu procedimento não é regulado pelo Código de Processo Penal, o que faz com que sejam marginalizados pela doutrina e, na prática, pela defesa.

Como consequência da pouca utilização dos embargos, parte da doutrina defende que a decisão que determina o sequestro de bens, por ter força definitiva, deve ser combatida pela interposição do recurso de apelação. Por outro lado, há quem entenda que a referida decisão se trata de provimento provisório, não definitivo ou com força de definitivo, sendo cabível, então, o mandado de segurança.

Com isso, cria-se enorme insegurança jurídica, pois não se encontra na legislação solução para diversos problemas práticos, como o aqui levantado.

Em razão disso, o presente estudo se propõe a buscar resposta a um dos problemas relativos às medidas cautelares patrimoniais, qual seja, verificar qual o meio idôneo para impugnar a decisão que decreta o sequestro de bens, partindo da premissa legal de que o art. 129 do CPP traz como regra geral a oposição de embargos de terceiro.

1. TUTELA CAUTELAR PATRIMONIAL NO PROCESSO PENAL

De acordo com Tucci (2004, p. 111), a jurisdição é "a atividade dos juízes e tribunais no exercício da função de garantir o respeito à ordem jurídica e, quando violada, restaurá-la". Por essa razão, a finalidade preventiva do direito penal não é alcançada exclusivamente pela aplicação de pena restritiva de liberdade, mas também por medidas que tendem a excluir ou a diminuir o estímulo ao delito ou, ao menos, aplicar um contraestímulo (CARNELUTTI, 2004, p. 81-99).

Por essa razão, entre os efeitos patrimoniais da sentença condenatória estão "a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime" (art. 91, I, do CP, c/c art. 133, parágrafo único, do CPP) e a perda "do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso" (art. 91, II, *b*, do CP).

Contudo, como o perdimento de bens angariados com o delito e a reparação civil da vítima são efeitos da sentença condenatória transitada em julgado que somente se consumam ao final do processo de cognição – por meio de um processo de execução, quer em alguns casos no próprio juízo penal, quer noutros por meio da ação civil *ex delicto* –, percebeu-se a necessidade de, em determinadas situações, resguardar a coisa litigiosa para garantir a eficácia do provimento jurisdicional.

Nesse contexto, a tutela cautelar vem para "impedir que a soberania do Estado, na sua mais alta expressão que é aquela da justiça, se reduza a ser uma atrasada e inútil

expressão verbal, uma vã ostentação de lentos engenhos destinados, como os guardas da ópera bufa, a chegar sempre muito tarde" (CALAMANDREI, 2000, p. 209-210).

Portanto, a tutela cautelar tem a finalidade de assegurar o *proveito prático* de um ulterior pronunciamento proferido ao final do processo de cognição. Assim, o provimento cautelar não possui um fim em si mesmo, serve tão somente de instrumento para garantir a eficácia do processo, que, por sua vez, é instrumento para o pronunciamento jurisdicional. Assim, a tutela cautelar é instrumento do instrumento (CALAMANDREI, 2000, p. 41).

Com posicionamento diverso, Carnelutti (1958, p. 355) sustenta que a tutela cautelar é instrumento do direito à jurisdição e, com base nisso, difundiu seu entendimento sobre a autonomia do processo cautelar como *tertium genus*, que, ao lado dos processos de cognição e de execução, é destinado a realizar um dos fins específicos da jurisdição, a prevenção. Esse pensamento foi trazido pelo próprio Carnelutti ao direito processual penal, no que foi seguido, posteriormente, por importantes representantes da doutrina nacional.[1]

Todavia, o entendimento difundido por Carnelutti é alvo de muitas críticas por parte da doutrina moderna, que nega veementemente a existência de ação ou processo cautelar[2] no âmbito penal. Por esse ponto de vista, o que há são medidas cautelares incidentais ao processo de conhecimento.[3]

Para justificar a inexistência de uma ação cautelar autônoma, Tucci (1994, p. 142) sustenta que no processo penal as tutelas cautelares "são pleiteadas mediante simples requerimento, e concedidas até independentemente de iniciativa do interessado, no mesmo iter procedimental; sem necessidade, portanto, de petição inicial e correspondente sentença".

Por sua vez, alinhando-se com o entendimento de Calamandrei, Badaró (2006, p. 267) sustenta que "não há, no campo penal, um verdadeiro processo penal cautelar. O que existe são medidas cautelares que funcionam como incidente de um outro processo. Não há processo cautelar autônomo".

Assim, diferentemente dos efeitos patrimoniais da sentença condenatória que são parte da prestação jurisdicional no âmbito penal (a reparação do dano e o perdimento de bens ilícitos), a tutela cautelar somente assegura a sua eficácia e tem

1. Marques (2000a, p. 363-366) e Magalhães Noronha (1972, p. 25).
2. É importante salientar a diferença entre ação cautelar, processo cautelar e medida cautelar. Enquanto a medida cautelar é o provimento jurisdicional que busca assegurar o cumprimento da decisão definitiva no processo dito principal, o processo cautelar é a relação jurídica estabelecida para atingir tal finalidade e, por fim, a ação cautelar é a iniciativa da parte legitimada para requerer a instauração do processo.
3. Greco Filho (2009, p. 110).

como única finalidade conferir proveito prático ao pronunciamento judicial proferido no processo de cognição, de modo que os procedimentos cautelares não constituem um processo autônomo.

1.1 Pressupostos da tutela cautelar patrimonial no processo penal

Com fundamento nas lições de Calamandrei (2000, p. 88-101), a doutrina tradicional identifica como pressupostos das medidas cautelares o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. No entanto, nesse ponto, deve-se ressalvar a impropriedade de trazer a doutrina civilista ao processo penal sem considerar suas características particulares.

Aury Lopes Jr. (2009, p. 48-50) faz dura crítica sobre a indevida apropriação dos conceitos civilistas às medidas cautelares pessoais, mas faz a seguinte ressalva:

"Nas medidas cautelares reais, por sua estreita vinculação com o interesse patrimonial a ser satisfeito na esfera cível, em sede de ação de indenização, por exemplo, a adoção dos conceitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* não constitui a mesma inadequação" (LOPES JR., 2009, p. 172-173).

É perfeita a lição de Aury Lopes Jr. no que tange ao *periculum in mora*.

As *medidas cautelares pessoais* visam garantir a eficácia do processo ou a aplicabilidade da lei penal colocadas em risco pela conduta do investigado. O tempo não é fator relevante para sua decretação. Logo, não há que se falar em mora, o pressuposto nas cautelares penais pessoais é o *periculum libertatis*.

Em contrapartida, tratando-se de *cautelar penal patrimonial*, não há impropriedade na utilização do conceito do *periculum in mora*. Isso porque a finalidade da prevenção é justamente garantir o futuro ressarcimento do dano nas hipóteses em que ficar demonstrado que o acusado está dilapidando o seu patrimônio ou há risco de deterioração da coisa, ou seja, quando o tempo do curso do processo for perigoso para efetivação do ressarcimento.

Por outro lado, discorda-se daquele autor com relação à aplicabilidade do *fumus boni iuris* às cautelares patrimoniais.

A discussão no processo penal não abrange essencialmente a existência de um direito em favor de determinada pessoa, ou melhor, do bom direito. O que se apura no âmbito criminal é justamente o contrário, a transgressão da ordem jurídica expressa na prática de um crime ou contravenção. Daí dever falar-se em *fumus commissi delicti*.

Em decorrência disso, a decretação das medidas cautelares reais não está vinculada à demonstração do bom direito de reparação da vítima, pois, uma vez comprovada a materialidade, o direito de ser ressarcido nasce por determinação legal (art. 133 do CPP). O que se exige para que a tutela cautelar recaia sobre os bens –

inclusive lícitos – do cidadão são indícios de que tenha participado da ação delituosa, ou seja, o *fumus commissi delicti*.

Por essas razões, tratando-se de medida cautelar real no âmbito do direito processual penal, os pressupostos são o *periculum in mora* e o *fumus commissi delicti*.

2. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS PENAIS

De uma forma geral, como meio garantidor da satisfação do dano e dos demais efeitos pecuniários da sentença, o Código de Processo Penal aponta como medidas cautelares patrimoniais o sequestro, a especialização de hipoteca legal[4] e o arresto. No que tange ao sequestro de bens discorrer-se-á detalhadamente adiante, mas, antes disso, até para uma melhor compreensão da matéria aqui estudada, é importante fazer uma breve introdução às duas outras medidas cautelares.

Como é característico das tutelas cautelares reais, a especialização de hipoteca legal e o arresto têm por finalidade assegurar a reparação civil da vítima ou sucessores em razão do dano causado pelo crime. Além disso, ambas recaem sobre todos os bens do patrimônio do acusado,[5] com exceção daqueles que constituírem produtos ou proveitos do crime, pois, nesses casos, será cabível o sequestro.[6]

Por força do art. 1.489, III, do CC, a hipoteca legal é conferida ao ofendido ou seus herdeiros "para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais". Para garantir esse direito, presentes os pressupostos para concessão da medida cautelar, o ofendido ou seus sucessores[7] e o Ministério Público[8] estão legitimados para, durante o curso do processo,[9] requerer a especialização da

4. Badaró (2008, p. 192-193) faz críticas sobre a natureza cautelar da especialização da hipoteca legal, para o autor, trata-se de medida definitiva, não cautelar.

5. Nesse sentido: Espínola Filho (1965, p. 397) e Oliveira (2007, p. 270).

6. Tourinho Filho (1998, p. 44) faz a ressalva ao tratar do arresto subsidiário de bens móveis, mas, por certo, também é aplicável à hipoteca legal e ao arresto prévio.

7. Lopes Jr. (2009, p. 180) entende necessário para requisição da medida a constituição de assistente da acusação.

8. A legitimação do Ministério Público se restringe aos pedidos em favor de réu pobre nos locais em que a defensoria pública não esteja presente e em favor da Fazenda pública para garantia das penas pecuniárias e das custas. Nesse sentido: Lopes Jr. (2009, p. 180-181). Do mesmo modo, mas sem a ressalva da existência da defensoria pública, Espínola Filho (1965, p. 396), Tourinho Filho (1998, p. 38-39). Tornaghi (1956, p. 371) restringe a legitimidade do Ministério Público aos pedidos em favor da Fazenda Pública.

9. A doutrina diverge no que tange ao momento da decretação da medida cautelar. No sentido de se restringir ao curso do processo, ver Badaró (2008, p. 194), Tourinho Filho (1998, p. 38), Tornaghi (1956, p. 371), Espínola Filho (1965, p. 397), Assis Moura (2004,

hipoteca legal,[10] isto é, o procedimento para individualizar o bem, calcular e fixar provisoriamente o valor do dano e, posteriormente, promover a inscrição no Registro de Imóveis de tantos bens quanto forem necessários para assegurar o ressarcimento, até o valor do dano (art. 135, § 4.°, CPP).

Ocorre que o procedimento de especialização demanda tempo para a sua efetivação e somente pode ser realizado com a ação penal em curso, conferindo ao investigado tempo para dilapidar seu patrimônio ao longo de todo o inquérito policial, com o intuito de frustrar futura reparação civil.

Com a finalidade de minimizar esse problema, o art. 136 do CPP prevê o arresto prévio à hipoteca legal tanto na fase processual, como no inquérito policial,[11] de modo a garantir a indisponibilidade do bem até a conclusão da hipoteca legal. No entanto, tal medida será revogada em 15 dias se dentro desse prazo não houver sido feito o pedido de inscrição da hipoteca legal.[12]

Já o art. 137 do CPP prevê o arresto subsidiário, facultado caso não haja bem imóvel a ser hipotecado ou, existindo, não seja suficiente para satisfação do dano e despesas processuais. Nestas hipóteses, o arresto subsidiário recairá sobre bens móveis penhoráveis.[13]

2.1 Sequestro

O sequestro tem origem no direito romano que, com a finalidade de evitar a deterioração da *res litigiosa* pela ação de uma das partes litigantes, previa o seu depósito a um terceiro (*sequester*) para a conservação do bem e sua posterior restituição ao vencedor. O depósito podia ser voluntário, quando realizado pela vontade das partes, por convenção ou por testamento, e necessário, quando decretado pelo juiz.[14]

---

p. 1514). Entendendo possível também durante a investigação preliminar, ver Lopes Jr. (2009, p. 181) e Oliveira (2007, p. 270).

10. Como bem salienta Tornaghi (1956, p. 370), a hipoteca já existe *ope legis*, o que se requer é a especialização para que se saiba sobre qual bem recai a medida e a inscrição para que valha contra terceiros.
11. Nesse sentido: Assis Moura (2004, p. 1509) e Greco Filho (2009, p. 180). Entendendo possível apenas durante a ação penal: Tourinho Filho (1998, p. 45).
12. Para Greco Filho (2009, p. 180) o prazo "é prorrogável desde que haja justo motivo".
13. A penhora é vedada nos casos previstos no rol elencado pelo art. 649 do CPC (no NCPC que entrará em vigor no dia 16.03.2016, o rol dos bens impenhoráveis está disposto no art. 833).
14. Sobre o tema ver: Pitombo (1973, p. 84-85), Tornaghi (1956, p. 345) e Barros (1982. p. 414-415).

No Brasil, em todos os ramos do direito, as previsões legais de sequestro traziam em seu bojo hipóteses de arresto, confusão que teve origem no direito português, o qual, nas ordenações filipinas, abordava o sequestro como gênero do arresto.[15]

No âmbito penal, o projeto de Código de Processo Penal elaborado em 1935 por Vicente Ráo solucionava o equívoco ao distinguir as medidas de sequestro e arresto. No entanto, o golpe de estado de 1937 colocou fim à discussão do projeto.

A matéria, até então sem regulamentação no processo penal, foi disciplinada pelo Dec.-Lei 3240/1941,[16] que tratava do sequestro de bens em favor da Fazenda Pública. Entretanto, este diploma legal retrocedeu com relação ao avanço indicado pelo projeto de Vicente Ráo, pois, como deixou claro Pitombo (1973, p. 109), se o "sequestro" recai sobre todos os bens do acusado e "surge assentado contra o patrimônio do devedor, como garantia geral de reparação do dano, para Fazenda Pública, os casos são de arresto".[17]

A promulgação do Código de Processo Penal, em 1941, manteve a confusão entre arresto e sequestro ao dispor em sua redação original que "o sequestro do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal" (art. 136) e que "poderão ser sequestrados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos móveis" (art. 137), hipóteses estas de arresto.

O equívoco na denominação dos institutos só foi superado por relativamente recente reforma legislativa que, "corrigindo antiga redação do CPP, que não utilizava a melhor técnica processual, a Lei 11.435/2006 substituiu a expressão sequestro por arresto modificando, assim, o disposto nos arts. 136, 137, 138, 139, 141 e 143" (OLIVEIRA, 2007, p. 268).

Atualmente, então, o Código de Processo Penal prevê duas modalidades de sequestro, a saber: (i) sequestro de bens imóveis adquiridos com os proventos da infração (arts. 125 a 132) e (ii) sequestro de bens móveis adquiridos com os proventos do delito e não passíveis de busca e apreensão.

2.1.1 Sequestro de bens imóveis

O sequestro é medida assecuratória que recai sobre os produtos diretos e indiretos do crime. Pelo disposto no art. 125 do CPP, são sequestráveis os bens "adquiri-

15. Sobre o tema, Pitombo (1973, p. 88) chegou a afirmar que "a confusão se achava na lei e no espírito da maioria dos juristas lusos".

16. Este diploma legal foi ab-rogado com a promulgação do Código de Processo Penal. Nesse sentido: Badaró (2008, p. 190), Pitombo (1973, p. 107) e Saad Gimenes (2007, p. 95).

17. No mesmo sentido, Badaró (2008, p. 189-190) diz se tratar de "sequestro prévio à inscrição da hipoteca legal", isto é, arresto.

dos pelo indiciado com os proventos da infração". E, apesar da falta de previsão legal, por meio de interpretação extensiva do dispositivo legal, a doutrina tem admitido o sequestro dos produtos diretos da infração.[18]

Entende-se que essa é a melhor interpretação da regra prevista no art. 125 do CP. O sequestro é modalidade de tutela cautelar que busca, entre outras coisas, garantir os efeitos da condenação, entre eles o perdimento do produto direto do crime (art. 91, II, *b*, do CP), de modo que estaria deslocado do sistema jurídico a que pertence caso incidisse apenas sobre os proveitos do delito.

Outrossim, como salienta Greco Filho (2009, p. 176), o sequestro tem como "fundamento o interesse público, qual seja, o de que a atividade criminosa não tenha vantagem econômica", mais uma razão para incluir em seu âmbito de proteção o produto direto do crime.

Ressalta-se, ainda, que em decorrência da característica da referibilidade das medidas cautelares não estão sujeitos ao sequestro todos os bens de proveniência ilícita que integrem o patrimônio do acusado, mas somente aqueles que tenham relação com o inquérito policial ou processo criminal em que seja determinada a tutela.

Além dos pressupostos de cautelaridade, a lei exige para a decretação do sequestro "a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens" (art. 126 do CPP), isto é, indícios "que levam a grave suspeita, os que eloquentemente apontam para um fato, gerando uma suposição bem vizinha da certeza" (TORNAGHI, 1967, p. 351).

Por determinação legal entabulada no art. 127 do CPP, estão legitimados para requerer a tutela cautelar o Ministério Público, o ofendido[19] e a autoridade policial.[20] É facultado também ao juiz decretar de ofício o sequestro.[21] O mesmo dispositivo legal trata também do momento em que poderá ser ordenado o sequestro, prevendo que é admissível "em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa".[22]

---

18. Nesse sentido: Pitombo (1973, p. 10-11), Badaró (2008, p. 179) e Greco Filho (2009, p. 176).

19. Lopes Jr. (2009, p. 175) entende necessária a habilitação de assistente de acusação nas hipóteses de ação penal pública. Em sentido contrário: Espínola Filho (1965, p. 378) e Badaró (2008, p. 180-181).

20. Como bem ressalvam Tourinho Filho (1998, p. 29-30) e Tornaghi (1956, p. 352), a autoridade policial não pode requerer a medida cautelar, apenas expõe fundamentadamente a conveniência da cautela (representação).

21. Lopes Jr. (2009, p. 175) e Polastri Lima (2005, p. 168) entendem inconstitucional.

22. Badaró (2008, p. 180) ressalva que o termo "antes de oferecida denúncia ou queixa" "permite que o sequestro ocorra com base nos malfadados 'procedimentos criminais diversos', para aqueles que admitem tal forma de investigação".

Da leitura do art. 133, parágrafo único, do CPP, combinado com o art. 91, II, *b*, do CP, extrai-se a dupla finalidade do sequestro. Em primeiro lugar, ele visa ao ressarcimento do dano sofrido pela vítima, alcançando "também as despesas processuais e as penas pecuniárias" (art. 140 do CPP). Num segundo momento, o sequestro tem como objetivo o perdimento do produto ou proveito do crime com o intuito de impedir o lucro com a prática criminosa.

Sequestrado o bem, este deve ser inscrito no Registro de Imóveis (art. 128 do CPP) e, na falta de previsão legal, por aplicação analógica do art. 139 do CPP, confiado a um depositário que, nos termos da legislação civil, fará sua guarda e conservação (art. 148 do CPC)[23] mediante remuneração fixada pelo juiz (art. 149 do CPC),[24] respondendo pelos danos causados dolosa ou culposamente às partes (art. 150 do CPC).[25]

Nada impede, no entanto, que a guarda do bem seja confiada ao proprietário do bem sequestrado.[26]

O sequestro poderá ser levantado apenas nas três hipóteses elencadas no art. 131 do CPP: (i) quando decretado na fase pré-processual, se a ação penal não for intentada no prazo improrrogável[27] de 60 dias a contar da conclusão da diligência, isto é, do depósito do bem;[28] (ii) quando o bem foi adquirido a título oneroso por terceiro de boa-fé; e (iii) "se for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado". Especificamente para o crime de lavagem de dinheiro, a redação abrangente e de pouca técnica do art. 4.°, § 2.°, da Lei 9.613/1998, permite a liberação dos bens constritos por qualquer uma das medidas assecuratórias "quando comprovada a licitude de sua origem".

O Código de Processo Penal ainda prevê a possibilidade de impugnação do sequestro por meio da oposição de embargos de terceiro (art. 129 do CPP), embargos do acusado (art. 130, I, do CPP) e embargos de terceiro de boa-fé (art. 130, II, do CPP), os quais serão estudados com maior profundidade no próximo capítulo.

Nas hipóteses de não ter sido levantado o sequestro ou julgados procedentes os embargos, "transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a

23. No Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor no dia 16.03.2016, há disposição equivalente no art. 159.

24. No Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor no dia 16.03.2016, há disposição equivalente no art. 160.

25. No Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor no dia 16.03.2016, há disposição equivalente no art. 161.

26. Badaró (2008, p. 182).

27. Para Greco Filho (2009, p. 178) é prorrogável.

28. Nesse sentido: Badaró (2008, p. 182).

requerimento do interessado, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público" (art. 133, *caput*, do CPP).

2.1.2 Sequestro de bens móveis

Tudo o quanto foi dito com relação ao sequestro dos bens imóveis é aplicável aos bens móveis, excepcionando-se o menor alcance deste. Enquanto todos os bens imóveis que sejam produtos ou proveitos do crime são sequestráveis, por força do art. 132 do CPP, apenas os bens móveis que tenham a mesma origem ilícita e não possam ser objeto de busca e apreensão (art. 240 do CPP) estão suscetíveis à medida cautelar.

Como bem adverte Lopes Jr. (2009, p. 179), "contudo, quando com o ganho obtido pelo delito o agente adquire objetos que constituam a própria materialidade de outro crime, haverá apreensão e não sequestro".

Parte da doutrina também diferencia a guarda dos bens móveis e imóveis, como é o caso de Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2004, p. 1491), para quem "os bens móveis sequestrados são guardados no depósito público".

3. MEIOS DE DEFESA CONTRA A DECISÃO QUE DECRETA A MEDIDA CAUTELAR DE SEQUESTRO

O Código de Processo Penal prevê, como regra, a possibilidade de oposição de embargos contra a decisão que decreta a medida cautelar de sequestro, mas limita-se a isso, não traz sequer o procedimento que deve ser seguido para o seu julgamento, fazendo apenas a ressalva, no tocante aos embargos previstos no art. 130 do CPP, de que deverão ser apreciados após "passar em julgado a sentença condenatória" (art. 130, parágrafo único, do CPP).

Até em razão dessa lacuna legislativa, para não deixar que o interessado tenha seu direito violado sem a possibilidade de posterior discussão da matéria em juízo (art. 5.º, XXXV, da CF), não obstante seja expressa a previsão legal dos embargos, entende parte da doutrina[29] ser cabível a interposição de recurso de apelação contra a determinação do sequestro, por se tratar de decisão com força definitiva (art. 593, II, do CPP).

Essa também é a posição adotada pacificamente pelo STJ, cuja jurisprudência consolidada rejeita a impetração de mandado de segurança por considerar "cediço

29. Nesse sentido: Frederico Marques (2000b, p. 262), Tourinho Filho (1998, p. 30), Campos Barros (1982, p. 435), Damásio E. de Jesus (2002, p. 140) e Polastri Lima (2005, p. 172). Lopes Jr. (2009, p. 177) entende cabível o recurso de apelação, mas não exclui a possibilidade de ser impetrado mandado de segurança.

que, para impugnar decisão que decreta o sequestro de bem, cabível é o recurso de apelação, previsto no art. 593, II, do CPP, uma vez que a decisão que determina o sequestro é definitiva".[30]

De outro lado, corrente doutrinária[31] diversa defende que a decisão sobre o deferimento do sequestro não faz análise de mérito, sendo um provimento provisório, não definitivo ou com força de definitivo, razão pela qual a defesa deverá ser feita por meio do mandado de segurança.

Muito embora seja louvável a busca de alternativas para a defesa do interessado contra a decisão que determinou o sequestro de bens, não podemos perder de vista os preceitos legais entabulados no Código de Processo Penal que estabelecem como regra de impugnação a oposição de embargos.

E, como veremos, a solução para o impasse deve ser buscada no processo civil (art. 3.º do CPP), isso porque a lei processual penal, possivelmente por ter o sequestro de bens natureza eminentemente civil, ao prever a oposição de embargos "mantém um laconismo absoluto" (ESPINOLA FILHO, 1965, p. 381).

3.1 O lugar comum na interpretação dos embargos previstos no Código Penal

O Código de Processo Penal prevê três espécies diversas de embargos, quais sejam: (i) embargos do terceiro estranho ao processo (art. 129); (ii) embargos do acusado (art. 130, I); e (iii) embargos do terceiro de boa-fé (art. 130, II).

Ao tratar dos embargos do terceiro estranho ao processo, até porque, como dito, o Código de Processo Penal se silencia completamente sobre o procedimento que deve ser adotado para o seu trâmite, evocam-se as regras previstas nos arts. 1.046 a 1.054 do CPC.[32]

Estes embargos podem ser opostos a qualquer momento do processo até o trânsito em julgado da sentença e, mesmo após o seu trânsito em julgado, no prazo de

30. AgRg no RMS 45.707/PR, 5.ª T., rel. Min. Feliz Fischer, *DJe* 15.05.2015. No mesmo sentido, outros julgados do STJ: AgRg no RMS 41541/RJ, 5.ª T., rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, *DJe* 28.09.2015; AgRg no RMS 38959/DF, 5.ª T., rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 15.04.2013; RMS 28938/DF, 6.ª T, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 13.12.2012).

31. Nesse sentido: Assis Moura (2004, p. 1489-1490); Greco Filho (2009, p. 178), Badaró (2008, p. 188) e Saad Gimenes (2007, p. 141).

32. Nesse sentido: Greco Filho (2009, p. 178), Saad Gimenes (2007, p. 143), Espínola Filho (1965, p. 381), Badaró (2008, p.183) e Tourinho Filho (1998, p. 31). No Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor no dia 16.03.2016, os embargos de terceiro estão regulados no art. 674 e ss.

cinco dias a contar da arrematação do bem (art. 1.048 do CPC).[33] Nesse último caso, ressalva a doutrina,[34] apenas na hipótese da respectiva carta não ter sido assinada.

A legitimidade para oposição dos embargos de terceiro é de "quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial" (art. 1.046 do CPC),[35] desde que o terceiro não seja adquirente de boa-fé, pois, nesse caso, serão cabíveis os embargos previstos pelo art. 130, II, do CP.

Por decorrência lógica da aplicação do procedimento legal previsto pelo Código de Processo Civil, aplicar-se-ão também os recursos a ele inerentes.[36]

Os embargos do terceiro estranho ao processo deverão ser julgados tão logo tenha a parte contrária contestado os embargos no prazo de 10 dias (art. 1.053 do CPC)[37] e tenham sido produzidas todas as provas requeridas para demonstração do direito.

No que tange aos embargos de acusado e do terceiro de boa-fé, por injunção legal do artigo 130, parágrafo único, do CPP, eles somente poderão ser apreciados após o trânsito em julgado da sentença condenatória,[38] o que não impede a imediata oposição e produção das provas requeridas.[39]

Os embargos do acusado terão como fundamento "não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração" (art. 130, I, do CPP). Entretanto, a limitação da matéria de mérito não afasta a possibilidade de serem alegadas questões processuais ou a inexistência dos pressupostos do sequestro.[40]

Já os embargos do terceiro de boa-fé serão opostos nas hipóteses em que o adquirente desconhece e não tem elementos para suspeitar da proveniência ilícita do

33. No Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor no dia 16.03.2016, há disposição equivalente no art. 675.

34. Nesse sentido, Saad Gimenes (2007, p. 144) e Espínola Filho (1965, p. 382).

35. No Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor no dia 16.03.2016, há disposição equivalente no art. 674.

36. Nesse sentido: Badaró (2008, p. 184).

37. No Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor no dia 16.03.2016, há disposição equivalente no art. 679 ampliando o prazo para 15 dias.

38. Essa imposição legal não se aplica aos embargos de terceiro previstos pelo art. 129 do CP. Nesse sentido: Tourinho Filho (1998, p. 32), Lopes Jr. (2009, p. 177) e Tornaghi (1956, p. 354).

39. Nesse sentido: Espínola Filho (1967, p. 386).

40. Essa posição é adotada por Lopes Jr. (2009, p. 176), Badaró (2008, p. 185-186) e Oliveira (2007, p. 269). Restringindo a abrangência dos embargos: Greco Filho (2009, p. 179), Espínola Filho (1967, p. 387).

bem, razão pela qual, necessariamente, deverá a coisa ter sido adquirida onerosamente[41] e por um preço justo.[42]

Ocorre que essa interpretação feita pela doutrina tradicional sobre os embargos no campo do processo penal possui falhas conceituais e práticas que tornam absolutamente ineficaz a sua utilização na defesa contra a medida cautelar.

O primeiro ponto de discordância é o caráter subsidiário e restritivo que a doutrina tradicional impõe aos embargos de terceiro previstos pelo art. 129 do CPP, ignorando o fato de ser este o instrumento que, de acordo com a legislação vigente, em regra, deverá ser utilizado na impugnação da determinação de sequestro.

Como já exposto acima, o sequestro incidirá tão somente sobre os produtos ou proveitos do crime, independentemente de quem detenha momentaneamente a posse ou propriedade do bem, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

Desse modo, a seguir-se pela divisão acima exposta, os embargos de terceiro estranho ao processo serão cabíveis apenas na hipótese do bem apreendido não ser produto ou proveito do crime e estar na posse ou propriedade de pessoa que não o acusado.

Isso porque, sendo o acusado atingido pelo sequestro, deverá se defender com fundamento no art. 130, I, do CPP e, sendo terceiro o prejudicado e o bem produto ou proveito do crime, a defesa terá embasamento no art. 130, II, do CP.

Assim, os embargos de terceiro do art. 129 do CPP assumem caráter residual, notadamente para pessoa completamente estranha à relação processual principal contestar a inexistência de requisito para a decretação da medida cautelar, qual seja, não ser o bem sequestrado produto ou proveito do crime.

O segundo ponto de discordância com relação à divisão proposta pela doutrina é a limitação imposta ao acusado na proteção do seu direito de propriedade, mesmo nos casos em que o sequestro for notoriamente ilegal.

Isso porque, ainda que se entenda que os embargos do acusado não estejam restritos à fundamentação da proveniência lícita dos bens, mesmo que se admita a alegação de matérias processuais e o questionamento dos pressupostos e requisitos do sequestro, é abusiva a manutenção de medida com natureza excepcional, mes-

41. Para Tornaghi (1956, p. 355), o Código Processual Penal foi demasiadamente rigoroso, pois fraude contra credores torna apenas anulável a aquisição da propriedade e, ao restringir "os embargos ao terceiro adquirente a título oneroso e de boa-fé, o Código de Processo Penal tratou como nulo um ato que a lei civil considera apenas anulável".

42. Nesse sentido: Pitombo (1973, p. 23), Lopes Jr. (2009, p. 176), Badaró (2008, p. 186) e Espínola Filho (1967, p. 385).

mo quando ilegal, até após o trânsito em julgado da sentença condenatória,[43] e esse, como se demonstrará, não é o intuito do art. 130, parágrafo único, do CP.

Por essas discrepâncias entre o direito do acusado de impugnar a medida cautelar e a interpretação que se faz da previsão legal da defesa por meio de embargos, parte da doutrina e a jurisprudência pacífica do STJ passaram a considerar cabível a interposição do recurso de apelação contra a decisão que decreta a medida cautelar sem se ater ao fato de que a decisão de sequestro possui caráter incidental no processo penal (item 1, *supra*), não se trata de pronunciamento judicial definitivo ou com força de definitivo que traga definição a questão discutida em processo autônomo.

Sobre o tema, discordando da interposição de apelação, acrescenta Badaró:

"Trata-se de decisão interlocutória, de natureza processual, que concede uma tutela cautelar com base em cognição sumária. O provimento é provisório e, o que é mais relevante, não se trata de decisão que define o mérito, isto é, atua concretamente na regra de direito material aplicável" (2008, p. 187-188).

Outrossim, a natureza instrumental da medida de sequestro é evidenciada pelo art. 131, I e III, do CPP, que prevê o levantamento dos bens constritos em caso de extinção da punibilidade ou não oferecimento de denúncia – mesmo se obtidos por meio ilícito –, demonstrando a completa vinculação da medida cautelar com o processo de conhecimento. Já a precariedade da decisão fica nítida com a possibilidade de sua revogação a qualquer momento, independentemente da interposição de recurso, sempre que presentes as hipóteses do art. 131 do CP.

Por outro lado, a corrente doutrinária que discorda da interposição de apelação defende a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra a decisão que determina o sequestro, também se afastando da previsão legal que regula a impugnação por meio da oposição de embargos.[44]

Ademais, ainda que em alguns casos seja possível considerar o cabimento do mandado de segurança, principalmente porque a oposição dos embargos não pos-

43. O art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.613/1998 superou este problema com relação ao crime de lavagem de dinheiro ao possibilitar "a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou sequestrados quando comprovada a licitude de sua origem".

44. Importante consignar que, afastando-se o cabimento do recurso de apelação por não ser a decisão definitiva ou com força de definitiva, não haverá óbice legal à impetração de mandado de segurança. Isso porque, ao afastar o cabimento do mandado de segurança, o STJ esclareceu que o fez por entender ser o recurso a apelação o recurso adequado, mas "afirma que a medida prevista no art. 130, I, do CPP não é recurso para os fins da aplicação do Enunciado 267, da Súmula do STF" (AgRg no RMS 45.707/PR, 5.ª T., rel. Min. Feliz Fischer, *DJe* 15.05.2015) cujo enunciado prevê que "não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".

sui efeito suspensivo, várias outras situações serão impossíveis de se fazer a demonstração da ilegalidade por prova pré-constituída, hipóteses em que – aliadas à interpretação que se faz atualmente dos embargos do acusado – o réu ficará indefeso pelo menos até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

3.2 A interpretação proposta

O Código de Processo Penal prevê como regra geral para impugnação da decisão que decreta a medida cautelar de sequestro a oposição de embargos de terceiro. Pelo fato de o diploma legal não trazer normas sobre o procedimento que deve ser adotado para esses embargos, como visto acima, de maneira acertada, em consonância com o art. 3.º do CPP, a doutrina trouxe os conceitos do processo civil para regular a matéria também no âmbito penal.

Por essa razão, como antecipado, é pacífico o entendimento de que se aplicam aos embargos de terceiro previstos no art. 129 do CPP os dispositivos legais entabulados entre os arts. 1.046 a 1.054 do CPC.[45]

No entanto, ao trazer os conceitos do direito processual civil para o processo penal, deixou-se de lado a correta compreensão do que a lei civil entende por terceiro legitimado para oposição dos embargos, partindo-se da equivocada premissa que o réu, por ser parte na ação penal, não pode fazer uso dos embargos de terceiro em defesa da sua propriedade esbulhada pela determinação de sequestro.

A confusão conceitual, num primeiro momento, também trouxe problemas no âmbito civil, fazendo com que parte da doutrina admitisse os embargos de terceiro como espécie de intervenção de terceiros.[46] Percebendo o equivoco derivado da terminologia utilizada pelo legislador, Ricardo Rodrigues Gama (2002, p. 119-120) alerta que "não se pode valorar tanto a denominação embargos de terceiro, porque o terceiro pode ser até a própria parte".

Os embargos de terceiro, ao contrário das medidas cautelares penais que não constituem um verdadeiro processo cautelar, são ação autônoma diversa da tida como principal,[47] que se opõem somente contra o ato constritivo, sem interferir no objeto discutido na relação processual preexistente.[48]

---

45. No Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor no dia 16.03.2016, os embargos de terceiro estão regulados no art. 674 e ss.

46. Classificando os embargos como intervenção de terceiro: Amaral Santos (1998, p. 18), Borges (1995, p. 53), Silva (1998, p. 272) e Cavalcanti Barros (1993, p. 5).

47. Para Liebman (1946a, p. 528): "Os processos assessórios – e entre eles os embargos de terceiros – têm alguma relação com o processo pendente, mas não deixam de por isso de constituir processos autônomos, com seus próprios autos e sua própria instância".

48. Nesse sentido: Greco Filho (1973, p. 77), Armelin (1980, p. 32), Gonçalves (1997, p. 78).

Donaldo Armelin conceitua os embargos de terceiro da seguinte forma:

"(...) uma ação de procedimento sumário, mediante a qual o terceiro, não sujeito à eficácia constritiva emergente de processo alheio, ou à própria parte, quando a eficácia constritiva de seu processo desborda os limites de sua responsabilidade patrimonial, visa obter a liberação ou evite a alienação de bens judicial e indevidamente constritos ou ameaçados de sê-lo" (1980, p. 210).[49]

Percebe-se, então, pelo próprio conceito dos embargos de terceiro, que aquele que é parte na ação principal pode ser terceiro legitimado para opor embargos de terceiro quando os bens apreendidos não são objetos passíveis de discussão na ação principal, regra que deve ser seguida na utilização dos embargos de terceiro no processo penal, porque, como ensinava Chiovenda (1942-1945, p. 320), "convém, de vez em vez, atentar não tanto à letra da norma, que emprega a palavra parte ou, a palavra terceiro, quanto à razão da norma".

O acusado sem a menor dúvida é parte na relação processual cujo objeto principal é a apuração da prática de um delito e, por essa razão, está sujeito a ser atingido por medidas cautelares reais, já que o perdimento dos produtos ou proveitos do crime e a reparação patrimonial da vítima são efeitos da sentença penal condenatória.

Ocorre que, a partir do momento que a medida cautelar atinge bens do acusado que, por qualquer motivo, não poderiam ser sequestrados, nasce uma nova relação processual, na qual o acusado não é parte, mas sim terceiro esbulhado com legitimação ativa para oposição da ação de embargos de terceiro.

Ao tratar especificamente da legitimidade da parte para opor embargos de terceiro, Liebman esclarece que:

"Uma pessoa física pode ser simultaneamente parte e terceiro com relação a determinado processo, se são diferentes os títulos jurídicos que justificam esse duplo papel que ela pretende representar, se são distintas as posições jurídicas que ela visa defender" (1946a, p. 528).

É exatamente isso o que ocorre nos embargos de terceiro opostos pelo acusado, pois, se de um lado ele é réu em processo penal e defende a sua liberdade pela demonstração de sua inocência com relação ao cometimento de um delito, de outro lado protege sua propriedade indevidamente esbulhada pelo ato constritivo que atingiu bens insuscetíveis de serem sequestrados naquela relação processual.

E esse é o caso do sequestro no processo penal quando não houver fundada suspeita da procedência ilícita do bem, isto é, se o bem esbulhado não for produto

49. Tratando os embargos de terceiro como ação: Liebman (1946b, p. 176), Difini (1992, p. 21), Theodoro Jr. (2004, p. 413) e Gama (2002, p. 116).

ou proveito do crime não haverá nenhum óbice para que o acusado oponha embargos de terceiro contra a medida cautelar.

Vale dizer que da decisão que julga os embargos de terceiros é cabível a interposição de recurso de apelação, pois consiste em sentença que coloca fim à discussão de mérito desta relação processual, que, como já dito, é diversa do processo *principal* no qual se apura a prática ou não de um delito.

Em regra, portanto, todos os legitimados – inclusive o acusado – devem impugnar a decisão de sequestro por meio dos embargos de terceiro, mas, em dois casos, o legislador previu exceções para a defesa pela regra geral do art. 129 do CPP, quais sejam, os embargos do acusado e os embargos do terceiro de boa-fé, pois, por terem fundamento no modo de aquisição do bem já previamente admitido como ilícito, é imprescindível que se tenha dado o trânsito em julgado da condenação.

É dizer, ao ser possibilitado ao acusado poder fundamentar seus embargos em "não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração" (art. 130, I, CPP), já há um reconhecimento prévio de que houve um crime e de que dele se auferiu benefício patrimonial; contesta-se apenas qual foi o benefício, isto é, se aquele que foi apreendido ou outro bem. Do mesmo modo, no caso do terceiro de boa-fé que alega em sua defesa não ter ciência da procedência ilícita do bem, também há o reconhecimento da origem ilícita do objeto sequestrado, o que se contesta é apenas o modo de aquisição.

Em ambos os casos, há indubitavelmente o reconhecimento de que houve um crime, de modo que caso fosse exigido do juiz o julgamento desses embargos anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória, estaria o magistrado a antecipar o mérito da ação *principal*.

Por isso, o legislador previu que, apenas nesses dois casos, fosse excepcionada a regra dos embargos de terceiro, julgando os embargos do acusado e do terceiro de boa-fé após o trânsito em julgado da sentença, para que não seja antecipado o pronunciamento judicial sobre o mérito central da lide.

Dessa forma, de acordo com a interpretação que se propõe, a oposição de embargos de terceiro é, em regra, o meio adequado para impugnação da medida cautelar de sequestro no processo penal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como explanado, as medidas cautelares reais no âmbito penal não constituem verdadeiro processo ou ação penal, nada mais sendo do que medidas incidentais requisitadas pelos legitimados ou, em alguns casos, decretadas de ofício pelo magistrado, sempre sem a prévia manifestação do acusado ou terceiro sobre cujo bem recai a constrição.

OLIVEIRA, Rafael Serra. Impugnação da medida cautelar de sequestro por meio dos embargos de terceiro no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 241-262. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

No entanto, para que se determine a realização das cautelares reais, o juiz deve se ater aos pressupostos e requisitos sem os quais não se pode cogitar dessas medidas excepcionais. No caso específico do sequestro, deve-se observar o *periculum in mora*, o *fumus commissi delicti* e *a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.*

Dessa forma, por se tratar de medida extraordinária decretada sem o contraditório prévio, é importante que sejam oferecidos meios de impugnação para que aqueles que sofreram as consequências diretas da decretação do sequestro tenham oportunidade de trazer em sua defesa elementos que eventualmente desconstituam a medida.

Além disso, é essencial que a impugnação seja apreciada, sempre que possível, de maneira célere, até como meio de se evitar a manutenção de atos ilegais, e não somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória como a princípio deixa transparecer a redação do art. 130, parágrafo único, do CPP no tocante ao acusado e terceiro de boa-fé.

Por meio da interpretação sistemática dos arts. 129 e 130, ambos do CPP, em consonância com os dispositivos legais do Código de Processo Civil, que tratam dos embargos de terceiro e com a doutrina sobre o tema, fica claro que, não só terceiros estranhos ao processo, mas também o próprio acusado são os legitimados para sua oposição contra a decisão que decretou a cautelar de sequestro.

Isso porque o sequestro, ao atingir parcela do patrimônio do acusado não sujeita à medida, cria relação jurídica diversa da discutida na ação penal, isto é, a questão controvertida deixa de ser a prática de um delito, mas a ilicitude da propriedade esbulhada. Além disso, o próprio Código de Processo Civil prevê a possibilidade daquele que é parte no processo dito principal opor embargos de terceiro.

Conclui-se, então, que a medida cautelar de sequestro deve ser, em regra, combatida pela oposição dos embargos de terceiro, até mesmo pelo investigado, ficando os embargos do acusado e do terceiro de boa-fé restritos às duas situações pontuais trazidas pelo legislador, pois exigem o pronunciamento judicial sobre o mérito da ação penal e, por isso, serão apreciados somente após o trânsito em julgado de sentença condenatória. Já o mandado de segurança fica restrito às hipóteses em que o material probatório pré-constituído for suficiente para a obtenção de efeito suspensivo aos embargos. Por fim, o recurso de apelação, inadmissível contra a decisão que decreta a medida cautelar de sequestro, é o meio adequado para se discutir em segundo grau a decisão que julga os embargos opostos.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de Direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 2.

ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*. Tese (Doutorado em Direito), São Paulo, PUC, 1980.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A tutela cautelar no processo penal e a restituição de coisa apreendida. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 59. p. 260-286. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2006.

_____. Medidas cautelares patrimoniais no processo penal. In: DIAS NETO, Theodomiro; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; VILARDI, Celso Sanchez (coord.). *Crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. Série Gvlaw.

BARROS, Helio Cavalcanti. *Intervenção de terceiros no processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BORGES, Marcos Afonso. *O direito processual em sua concretude*. Goiânia: AB, 1995.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848. Código Penal (CP). Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm]. Acesso em: 20.01.2011.

_____. Decreto-Lei 3.240. Rio de Janeiro, 8 de maio de 1941. Dispõe sobre o sequestro de bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, e outros. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del3240.htm]. Acesso em: 20.01.2011.

_____. Decreto-Lei 3.689. Código de Processo Penal (CPP). Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm]. Acesso em: 20.01.2011.

_____. Lei 5.869. Código de Processo Civil (CPC). Brasília, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm]. Acesso em: 20.01.2011.

_____. Lei 10.406. Código Civil (CC). Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm]. Acesso em: 20.01.2011.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil (CF). Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm]. Acesso em: 20.01.2011.

_____. Lei 9.613. Brasília, 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm]. Acesso em: 20.01.2011.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad.: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servandra, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napole: Morano, 1958.

_____. *Lições sobre o processo penal*. 1. ed. Trad. F. José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004. vol. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942-1945. 3 vols.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Embargos de terceiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. vol. 2.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Limitação cognitiva nos embargos de terceiro*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

GIMENES, Marta Saad. *As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito. São Paulo, USP, 2007.

GONÇALVES, Willian Couto. *Intervenção de terceiros*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *A intervenção de terceiros no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal anotado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos de terceiro. *Revista dos Tribunais*. vol. 160. p. 527-531. São Paulo: Ed. RT, 1946a.

_____. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946b.

LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumun Juris, 2005.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. vol. 2.

MAGALHÃES NORONHA, E. *Curso de Direito processual penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

MARQUES, Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. Campinas: Millennium, 2000a. vol. 1.

_____. _____. 2. ed. rev. e atual. Campinas: Millennium, 2000b. vol. 4.

MOURA, Maria Thereza de Assis. Medidas assecuratórias. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. vol. 2.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PITOMBO, Sergio M. de Moraes. *Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1973.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998. vol. 1.

THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Leud, 2004.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. vol. 1, t. II.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 3.

TUCCI, Rogério Lauria. Processo e procedimentos penais. *Revista dos Tribunais*. vol. 749. p. 496-497. São Paulo: Ed. RT, mar. 1998.

_____; et al. Sistematização das medidas cautelares processuais penais. *Revista do Advogado*. n. 78. p. 11-122. São Paulo: IASP, set. 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A cautelaridade no processo penal: medidas cautelares reais, de Renato Luís Benucci, *RT* 785/471, *Doutrinas Essenciais de Processo Penal* 2/361 (DTR\2001\133); e
- Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira, de Diogo Malan – *RBCCrim* 114/279 (DTR\2015\9152).

PRISÕES CAUTELARES, *CONFIRMATION BIAS* E O DIREITO FUNDAMENTAL À DEVIDA COGNIÇÃO NO PROCESSO PENAL

PRECAUTIONARY PRISONS, CONFIRMATION BIAS AND THE FUNDAMENTAL RIGHT OF DUE COGNITION IN CRIMINAL PROCEDURE

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER
Doutor em Direito pela PUC-RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Penais na PUC-RS. Advogado.
ricardogloeckner@hotmail.com

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual; Constitucional

RESUMO: O artigo tem por finalidade a confrontação das teorias que pressupõem o processo como instrumento para a busca da verdade com as prisões processuais, que servem como diagnóstico da ausência do direito fundamental à devida cognição no processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Prisões processuais - Verdade - Direito fundamental à devida cognição.

ABSTRACT: The article has as its goal the confrontation between the theories that presuppose the procedure as an instrument of truth research, using the procedural prisons that operates as the diagnoses of the absence of the fundamental right of due cognition in criminal procedure.

KEYWORDS: Procedural prisons - Truth - Fundamental right of due cognition.

SUMÁRIO: 1. Verdade e processo penal: um discurso conciliável? Breves impressões - 2. O que é uma cautelar penal? Breves noções acerca da cautelaridade processual penal - 3. Estudo de caso: prisões cautelares e decisão penal - 4. Decisão penal e *confirmation bias*: antecipação do mérito à custa de garantias - 5. Conclusões. - 6. Referências bibliográficas.

1. VERDADE E PROCESSO PENAL: UM DISCURSO CONCILIÁVEL? BREVES IMPRESSÕES

O discurso sobre a verdade no processo tem sido pautado por uma tensão que coloca em polos opostos as teorias que sustentam a possibilidade de verdade no processo penal e de outro lado, as teorias negacionistas. Toda polarização tende ao maniqueísmo e assim não é difícil encontrar-se teorias radicais que negam peremptoriamente a possibilidade de verdade no processo e outras que tendem a absolutizá-la. Ambas pecam por um exagerado simplismo. As primeiras por fazer do pro-

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 263-286. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

cesso um campo epistemológico por excelência, olvidando-se de sua normatividade. As segundas, pelas respostas que deixam de enfrentar, com maior profundidade, as questões levantadas pelas primeiras.

Se levarmos em consideração os últimos desenvolvimentos de Michele Taruffo, perceberemos nitidamente uma severa crítica às teorias negacionistas. E, para além, veremos uma defesa intransigente da possibilidade do processo servir de instrumento para aquisição da verdade, especialmente por meio da filosofia pragmática. O processualista italiano tece severas críticas aos movimentos "pós-modernos" que acabam por negar qualquer possibilidade de verdade no processo judicial. Taruffo acena com um valor social da verdade, que em últimos termos serviria como uma legitimação de sua posição, uma vez que, portanto, um processo que não servisse para buscar a verdade seria socialmente inútil. O valor social do processo seria conformado pelos aspectos ético e político.[1] Naturalmente, a pensar-se assim o processo judicial seria uma ferramenta de *truth-acquiring*, cabendo uma verdadeira discussão sobre a sua dimensão epistemológica.[2]

Sendo a descoberta da verdade um fim do processo (fim não exclusivo), torna-se necessária a discussão sobre o papel das normas concernentes à prova, que atuam de forma a constranger aquela finalidade, isto é, estabelecendo limites. Para Taruffo, não resta alternativa a não ser considerar que as denominadas *exclusionary rules* não possuem função epistêmica ou ainda, que nem todas as regras desta natureza adquirem função epistêmica. Todavia, dizer que não possuem finalidade epistêmica alguma significa a negação da finalidade precípua do processo, a busca da verdade. Desta maneira, haveria que se admitir outros fins a que o processo penal deveria buscar, cabendo, em algumas situações, uma tutela e atuação predominantes relativamente à "grande finalidade processual". Nesse sentido é que Taruffo realiza contundente crítica ao que denomina de *jury paternalism* em termos de exceções às provas que podem ser validamente analisadas pelo júri.[3] Por fim, cabe ainda trazer à colação a afirmação de que para o processualista italiano deve-se duvidar da seriedade epistêmica do legislador que impõe uma série de restrições à avaliação probatória, bem como da seriedade dos argumentos comumente invocados para justificar a existência destas regras.

Evidentemente que as normas que regulam a produção probatória não podem possuir função epistêmica alguma. São, antes de tudo, limitadores da atividade probatória que deve ser sustentada por justificativas que divergem quanto à finali-

1. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 115-120.
2. Idem, p. 160.
3. Idem, p. 176.

dade do processo. Se realmente o processo penal fosse um local privilegiado de descoberta da verdade – com toda a carga semântica plúrima que o termo carrega consigo – seria de se perguntar, portanto, onde está a diferença entre os procedimentos científicos que testam determinada hipótese e a normatividade processual, que se sabe, não pode responder numa frequência meramente epistemológica, pois suas razões não cabem e não se limitam a uma *truth pursuit*. De fato, a se considerar o processo penal como um teste de hipóteses – e não se pode perder de vista o modelo popperiano – se produz uma inversão completa nos mecanismos de proteção do acusado: testa-se sempre a culpabilidade do réu, e não os elementos de exoneração. Qualquer teste científico trabalha com uma hipótese que se almeja acertada. E, assim sendo, torna-se presumível o acerto da hipótese, a ser confirmada pelo conjunto de elementos (provas) comprovadoras da premissa inicial. Diga-se de passagem, este modelo de presunção da veracidade da hipótese acusatória deflagra uma compressão injustificada do cenário probatório, comprometendo drasticamente aquela tão cara finalidade epistêmica do processo, especialmente pela operatividade de mecanismos psíquicos de decisão, como a *situational awarness* judicial, como mais adiante será exposto.

De toda a sorte, em que pese Taruffo possa satisfatoriamente rebater determinadas teorias frágeis quanto a uma simplista negação da verdade no processo penal, ao que parece, a consideração da verdade como finalidade básica de todo o processo esbarra na contingência de determinados institutos que não se subsumem a uma etiqueta epistêmica. Determinadas fases processuais, decisões a serem tomadas pelo magistrado – dependentes igualmente do momento da decisão – constituem limitações irrebatíveis a uma operação de busca pela verdade. Em outras palavras, a constituição do caso penal e a produção do fechamento cognitivo do magistrado são manifestamente incompatíveis com uma "busca da verdade". Como argumento para rebater a possibilidade de verdade no processo penal – uma vez que os procedimentos psíquicos investidos na figura do magistrado – trazemos ao leitor alguns dados empíricos que confirmam a existência de um fator preponderante no processo penal, quando existentes decisões a respeito das prisões processuais. Trata-se do que se pode denominar de tendência confirmatória das decisões, inclusive conhecida de Taruffo.[4]

Entretanto, antes mesmo de se passar ao próximo ponto, as recentes publicações dos números de condenações equivocadas nos Estados Unidos abriu os olhos de diversos juristas para as operações psíquicas e modulares que permitem a conversão do processo penal – mesmo num sistema agonista como o adversarial – num cenário muito próximo ao universo inquisitório. Pode ser avalizado o pensamento

4. Idem, p. 205.

de Findley e Scott[5] que detectam, no processo penal, a ocorrência de um fenômeno denominado como *tunnel vision*, apresentado como um "compêndio de heurísticas comuns e falácias lógicas". Assim, por meio de variegados procedimentos judiciais e pré-judiciais ocorre o foco exclusivo em determinado suspeito, bem como a seleção e filtragem das provas que construirão um caso suscetível de condenação, ignorando e suprimindo as provas exoneratórias.[6] No sistema processual penal brasileiro, partimos da hipótese de que a prisão processual se constitui como um dos principais problemas para uma cognição ampla no processo penal, produzindo, inexoravelmente, o que os autores denominaram como *tunnel vision*.

2. O QUE É UMA CAUTELAR PENAL? BREVES NOÇÕES ACERCA DA CAUTELARIDADE PROCESSUAL PENAL

Constitui, no Brasil, a ausência de maiores digressões acerca da natureza jurídica das cautelares processuais penais um problema deveras profundo. O reflexo da lacuna pode ser sentido basicamente em dois pontos nevrálgicos: (a) em primeiro plano, a transposição dos institutos e categorias processuais civis para o processo penal – o que apenas configura um cenário mais amplo, de ocupação do processo penal por conceitos importados do processo civil;[7] (b) a utilização, especialmente pela prática forense, das cautelares processuais penais de forma cega, sem se preocupar realmente com a necessária adequação – sobretudo constitucional – do instituto. Como resultado deste panorama, não é à toa que será possível se encontrar um número absurdo de presos provisórios no Brasil e uma reforma processual em matéria de prisões processuais que não trouxe significativas modificações quanto ao emprego das prisões como a forma por excelência das cautelares processuais penais. E, o que é mais caro para este estudo, a utilização da prisão processual como o momento processual de definitivização do caso penal, isto é, como um ato processual que lastreará o mérito do processo.

O primeiro passo para se colocar as cautelares processuais penais devidamente em seu lugar é refutar o simplista enquadramento de determinados atos como sendo cautelares, descurando de uma classificação mais rigorosa dos atos que neste

5. FINDLEY, K. A.; SCOTT, M. S. The multiple dimensions of tunnel vision in criminal Cases. *Wisconsin Law Review*. n. 2. p. 292. 2006.

6. MARTIN, Diane L. Lessons about justice from the "laboratory" of wrongful convictions: tunnel vision, the construction of guilt and informer evidence. *University of Missouri-Kansas City Law Review*. n. 70. p. 847-864. 2002.

7. Cf ARMENTA DEU, Teresa. *La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?* Madrid: Marcial Pons, 2013.

momento são chancelados sob a rubrica de cautelares processuais penais. Preliminarmente, se as cautelares constituem, como já advertia Calamandrei,[8] um "instrumento do instrumento", ou ainda, "um instrumento qualificado", pode-se atribuir às cautelares processuais penais um nítido contorno de instrumentalidade. Entretanto, a que tipo de instrumentalidade aderem?

Temos para nós que a instrumentalidade cautelar não pode ser analisada autonomamente do processo penal e sua instrumentalidade constitucional. Desta arte pode-se afirmar que se o processo penal está a serviço do hipossuficiente (acusado), servindo como um objeto de proteção do mais fraco diante do Estado, natural que as cautelares não possam servir ao escopo do processo penal mediante outra instrumentalidade que não aquela. Em síntese, pode-se afirmar que as cautelares processuais penais aderem à instrumentalidade constitucional do processo penal, não podendo ser aplicadas com finalidades diversas, como por exemplo, a pródiga utilização, no Brasil, da prisão processual como antecipação da punição. Igualmente não poderá ser acolhida uma prisão processual que se converta, antecipadamente, em resolução de mérito, como se percebe claramente no conjunto de decisões aqui examinado. A tutela cautelar, portanto, está a serviço do processo penal, que por seu turno deve servir como um instrumento de proteção do acusado perante o poder estatal.

Esta configuração permite que não se possa falar, portanto, de uma independência das cautelares relativamente ao processo penal. Igualmente, se é possível falar em autonomia das cautelares processuais penais, este conceito somente se aplica à existência de pressupostos, requisitos e o seu próprio fundamento com contornos diversos do processo, a quem presta serviço. A autonomia não equivale à independência. As cautelares são dependentes do processo penal, embora sejam autônomas – sujeitas a pressupostos e requisitos diversos daqueles que justificam o processo penal. Esta autonomia sem independência é que torna possível se falar, portanto, na existência de medidas cautelares e não verdadeiramente de um processo cautelar.[9] A autonomia das medidas cautelares processuais penais em relação de dependência do processo inclui outra característica relevante: a inexistência de um poder geral de cautela, a exemplo do que ocorre com o processo civil. De forma mais objetiva, a subordinação das cautelares processuais penais a um princípio de reserva legal enseja o afastamento de medidas aplicadas discricionariamente e caso a caso pelo juiz penal, o que apenas confirma, novamente, a dependência das caute-

8. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: El Foro, 1996.

9. LOPES JR., Aury. *Processo penal e sua conformidade constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

lares ao regime jurídico do processo penal, especialmente pela normativa conformação do processo penal ao princípio da estrita jurisdicionalidade.[10]

Estes aspectos introdutórios ao tema, que não podem nos limites deste trabalho ser estendidos, senão apenas apontados, são vitais para poder sistematizar as cautelares processuais penais. De fato, existem determinados atos processuais penais que são muito parecidos com as cautelares embora não possam com ela ser confundidos. O ponto fundamental que nos parece sensível reside na circunstância de que as cautelares devem ser pensadas sempre e em todo o caso como instrumentos a serviço do processo penal. Tudo o que não diga respeito a esta funcionalidade não se reveste de cautelaridade. Assim, que atos podem ser apontados como medidas cautelares no processo penal brasileiro?

Inicialmente cumpre salientar que a doutrina costuma elencar as prisões processuais como espécie de medidas cautelares pessoais. Ao que parece, a afirmação de que todas as modalidades de prisão processual são formas cautelares peca por certo exagero, para não dizer simplismo. Nem todas as modalidades de prisão processual podem ser compreendidas dentro de um sistema cautelar processual penal. Em primeiro lugar, a prisão temporária não guarda qualquer relação com a cautelaridade processual penal. E isto se justifica pelo fato de que a prisão temporária não está a serviço da proteção do processo penal. De acordo com a legislação brasileira, a prisão temporária se destina à tutela da investigação preliminar (e ao que nos parece, carregada de uma inconstitucionalidade patente, uma vez que a constrição do direito à liberdade não pode ser justificada a partir de "uma necessidade" da investigação preliminar). O que permitiria um juízo deste porte? A prisão temporária apenas se justifica quando uma compreensão equivocada dos limites cognitivos da investigação preliminar é levada a cabo. Veja-se que a investigação preliminar tem como finalidade precípua dar suporte à acusação (justa causa para a ação penal) e evitar acusações infundadas (instrumentalidade constitucional da investigação preliminar).[11] Esta investigação preliminar se contenta, ao recolher os elementos de autoria e materialidade do delito, com um juízo de mera possibilidade, diverso da probabilidade, juízo cognitivo mais rigoroso e que deve pautar a decretação de uma medida cautelar. Desta maneira tem-se que se o requisito cognitivo para a decretação da cautelar (juízo de probabilidade) é mais rigoroso do que aquele exigido para a finalização da própria investigação (juízo de possibilidade), tem-se que o instrumento a serviço da investigação (prisão temporária) requer requisitos superiores inclusive ao fim e objeto de sua existência, a investigação. Assim, temos duas cir-

10. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

11. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

cunstâncias que em tese descrevem o processo em curto-circuito da prisão temporária no Brasil. Em primeiro lugar, se o juízo cognitivo para a configuração da prisão temporária exige maior rigor do que aquela cuja tutela se destina (investigação), verifica-se que os elementos indiciários que deveriam ser recolhidos na investigação já estão presentes, sendo completamente dispensável a prisão. Em outras palavras, a prisão é desnecessária por que os elementos que a investigação deveria recolher já estão presentes, tanto que como se disse, a prisão foi decretada com base em elementos indiciários dotados de maior rigor do que os necessários à finalização da investigação. Uma segunda justificativa (exclusivamente do ponto de vista das práticas judiciárias brasileiras) para a existência da prisão temporária reside no fato de que então, efetivamente, as prisões temporárias estariam sendo decretadas sem o preenchimento dos elementos indiciários mínimos para a configuração de um juízo de probabilidade, isto é, estariam sendo decretadas com base tão somente em um juízo de possibilidade, aí então se confundindo (indevidamente), com o próprio objeto da investigação, conduzindo a um paradoxo lógico: garante-se o objeto da investigação por meio do recurso ao remédio que deveria servir exclusivamente a se evitar o risco para a investigação. Entretanto, ao se confundir com o objeto de tutela, como acontece na prática (inconstitucional) forense, a prisão temporária se converte por excelência em ato de investigação por si mesma, conduzindo ao problema de sua decretação como ato investigativo e não a serviço da investigação.

Por fim, deve-se ter presente que a cautelar processual penal tem como motivo um ato que implica um risco para a válida realização do ato processual.[12] Estes são alguns argumentos para se justificar por que a prisão temporária não é uma cautelar processual penal.

Quanto à prisão em flagrante delito, apesar da maioria da doutrina considerá-la como uma espécie de prisão cautelar, não se pode aceitar tal argumento. A uma, pelo fato de que a prisão em flagrante se cuida de uma prisão administrativa cuja finalidade é evitar a consumação delito (quando possível) e deflagrar a investigação preliminar. Nenhum pressuposto cautelar se verifica nesta prisão. Assim, para Cordero,[13] a prisão em flagrante se trata de uma modalidade de categoria subcautelar ou como destaca Lopes Jr., pré-cautelar.[14] Assim, descarta-se de plano a possibilidade de enquadramento da prisão em flagrante como cautelar processual penal.

Quanto à prisão preventiva, novamente a maioria da doutrina processual penal brasileira elenca-a como modalidade de medida cautelar penal pessoal. Entretanto,

12. PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de medidas cautelares penales: peligrosidad del imputado y protección del processo*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p.40.

13. CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

14. LOPES JR., Aury. *Processo penal...* cit.

das quatro hipóteses previstas no art. 312 do CPP brasileiro, tão somente a prisão preventiva decretada para assegurar a aplicação da lei penal e para a conveniência da instrução criminal constituem verdadeiramente prisões cautelares. Não se enquadram como prisões cautelares aquelas decretadas para garantia da ordem pública e econômica, tendo em vista que não se prestam para a tutela do processo, constituindo-se como medidas processuais penais diversas das cautelares.

A partir desta filtragem teórica, pode-se afirmar que as medidas cautelares processuais penais são: (a) a prisão preventiva para a conveniência da instrução criminal; (b) a prisão preventiva para a garantia de aplicação da lei penal; (c) o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (d) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (e) proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (f) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (g) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (h) fiança – nas infrações que a admitem – para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (i) monitoração eletrônica; (j) a proibição de se ausentar do país, com a retenção de passaporte, prevista no art. 320 do CPP; (k) o sequestro de bens imóveis; (l) a hipoteca legal; (m) o arresto de bem imóvel e dos bens móveis; (n) a produção antecipada de prova, nos termos legais.

Ao lado do sistema cautelar processual penal brasileiro, têm-se as medidas de proteção à vítima do delito, previstas no art. 319, III, do CPP (proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante) e as demais medidas protetivas fixadas de acordo com o art. 313, III, do CPP. Além destas, o encaminhamento da vítima para atendimento multidisciplinar, a expensas do Estado ou do ofensor (art. 201, § 5.º, do CPP). Por que tais medidas não podem ser tecnicamente consideradas como medidas cautelares? Por uma razão simples: não estão a serviço da garantia do processo, senão como institutos de proteção a determinados bens jurídicos.

Ainda, ao lado das cautelares processuais penais e das medidas protetivas, temos as medidas preventivas,[15] que são: (a) a prisão em flagrante delito; (b) a internação

15. Não se fará aqui um juízo crítico destas medidas, que aparecem, em sua grande maioria, como ilegítimas. Para uma crítica contundente da prisão preventiva: FERRAJOLI, Luigi. Op. cit.

provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do CP) e houver risco de reiteração; (c) a prisão preventiva decretada para garantia da ordem econômica; (d) a prisão preventiva declarada para garantia da ordem pública.

Com relação à prisão preventiva pelo descumprimento das medidas protetivas, entendemos que não consistem em modalidade diversa daquelas previstas no art. 312 do CPP. Não há independência do descumprimento das medidas protetivas das modalidades de prisão preventiva, pelo que eventual decretação da prisão deverá, obrigatoriamente, estar referendada pelo art. 312 do CPP.

Em resumo, a tutela penal provisional penal se encontra sistematizada por medidas cautelares, das medidas de proteção à vítima do delito e das medidas preventivas. Embora não concordemos com o termo "prisões cautelares" para delimitar o âmbito do estudo e para mantermos um termo que possa ser facilmente assimilado pela doutrina, trataremos das prisões como modalidade de cautelares, em que pese, como demonstrado, não configurarem verdadeiras medidas desta espécie, salvo as prisões preventivas para garantia de aplicação da lei penal e pela conveniência da instrução criminal. No próximo tópico enfrentaremos a relação entre as "prisões cautelares" e a decisão penal.

3. ESTUDO DE CASO: PRISÕES CAUTELARES E DECISÃO PENAL

A fim de apresentar o estudo de caso que servirá como fio condutor da análise neste artigo compreendida como veículo empírico que sustenta as hipóteses, convém apresentar uma breve introdução metodológica que permitirá ao leitor avaliar, por si mesmo, o acerto ou equívoco da(s) tese(s). Durante os dias 09 e 10.11.2013 e 22.01.2014 foram extraídos do sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgados entre as datas de 03.10.2012 a 31.12/2013. Neste interregno foram analisados 185 acórdãos, tendo como elemento de busca o termo "prisão preventiva". O ponto de filtragem da pesquisa recaiu sobre o limitador imprescindível para se alavancar o presente estudo. Utilizou-se a análise unicamente de acórdãos cujo objeto de exame era o recurso de apelação, seja interposto pela acusação, defesa ou ambos conjuntamente. Para se proceder à confrontação entre a decretação da prisão processual e a resolução jurisdicional do caso penal, de nada adiantava o exame recair, por exemplo, sobre ações constitucionais de *habeas corpus*, recursos em sentido estrito ou demais instrumentos jurídicos de impugnação à prisão processual. Era preciso, portanto, confrontar os reflexos que a decretação da prisão processual acarretava para a decisão de mérito.

Deve-se registrar, por fim, que metodologicamente, destes 185 acórdãos, apenas 90 lograram êxito em revelar alguma implicação entre a decisão judicial de constrição de liberdade e a decisão final. É claro que as decisões exaradas pelo Tribunal de

Justiça do Estado do Rio Grande do Sul podem, em tese, ser reformadas pelo STJ ou STF. Entretanto, a limitação jurídica ao exercício destes recursos especiais a questões de direito, bem como a demonstração de uma série de pressupostos de admissibilidade faz com que mesmo não possuindo, neste momento, dados sobre o desfecho do processo criminal, as chances de reversão do decisório constituem exceção. Ainda como ponto metodológico importante, deve-se igualmente registrar que os acórdãos desprezados para a constituição do conjunto valorativo das decisões foram aqueles que se enquadraram em uma das situações a seguir descritas: (a) em primeiro lugar, o termo de busca "prisão preventiva" vinculado a apelações criminais julgadas encontrou a ligação entre prisões decorrentes da fixação de medidas protetivas à mulher descumpridas pelo acusado e o delito de desobediência. Parte da doutrina e da jurisprudência discute acerca de se o descumprimento das medidas protetivas pelo suspeito da prática de crime ligado à competência das varas de violência doméstica contra a mulher pode gerar o delito de desobediência ou a "sanção" exclusiva para tal circunstância reside na decretação da prisão preventiva. Neste caso, constata-se que não se tem presente relação alguma entre a eventual decretação da prisão cautelar e a prática do delito que serviu de base para a decretação da medida cautelar. Assim, este grupo de casos encontrado foi desprezado para fins do presente artigo; (b) o segundo grupo de casos desprezados para a redação do presente artigo diz respeito às declarações de nulidade pelo Tribunal de Justiça em sede de apelação, em que pese durante o processo ter ocorrido uma prisão processual. Como não houve exame do mérito do caso penal por parte do Tribunal, tem-se que não existiu o duplo grau de jurisdição sobre o mérito da causa, o que é para nós vital para se poder identificar as respostas jurisdicionais existentes entre a decretação de medida cautelar pessoal e a decisão de mérito; (c) igualmente foram deixados de lado os processos referentes ao Tribunal do Júri. A justificativa existente para esta desconsideração qualitativa das decisões exaradas nos delitos dolosos contra a vida tem a ver com o regime de avaliação probatória própria do órgão judicante. Como os jurados decidem sem a necessidade de fundamentação, torna-se impossível avaliar se a prisão processual foi e em que medida restou avalizada perante o órgão julgador. Neste caso, portanto, impossível se estabelecer quaisquer ilações entre a decisão do júri e a decretação da prisão processual; (d) as decretações de prescrição, pelo Tribunal de Justiça também não foram incorporadas aos dados finais da pesquisa, tendo-se em vista que a jurisprudência tem tratado a prescrição como uma preliminar ao exame de mérito Neste ponto específico, a declaração da prescrição corresponde, a exemplo da declaração de nulidade, a um julgamento no qual inexistiu duplo grau de jurisdição;[16] (e) as decisões de

16. Salienta-se que no conjunto de casos não obtivemos nenhuma situação na qual houve o redimensionamento da pena por parte do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande

prisão cautelar do acusado posteriores à sentença, uma vez que nessa espécie não se pode verificar a influência que eventual prisão cautelar possui na convicção dos julgadores; (f) os processos nos quais houve absolvição sumária por parte do magistrado e reforma da decisão, em segunda instância, determinando ao magistrado o recebimento da denúncia; (g) os casos nos quais não havia disponível a sentença para confronto com o acórdão (apesar de ser objeto do relatório quando do julgamento da apelação). Tem-se que sem este exame, a completude dos elementos de prova valorados resta prejudicada, contendo apenas um retrato parcial do cenário probatório, pelo que então, achamos melhor deixar de usá-los como dados científicos relevantes (apesar destes acórdãos desprovidos de sentença manterem o mesmo ritmo que os demais analisados). Superado este panorama preliminar, de definições metodológicas, que resultados foram encontrados? A conclusão geral foi a de que, dentre os 90 examinados, que atendiam aos critérios de pesquisa, todos eles resultaram em confirmação de uma decisão condenatória ou então, a reforma da decisão de primeira instância, com a condenação do acusado em segundo grau. Em uma análise superficial, é possível dizer que a existência de uma prisão cautelar pode ser o critério definitivo para uma condenação, o que também como resposta precária, é inadmissível para um Estado Democrático de Direito.

Evidentemente que esta pesquisa – que em termos de número de processos criminais no Brasil não é significativa – não pode ser analisada de forma meramente quantitativa, isolando-se os números obtidos por meio do elemento de busca e o recurso de filtragem (apelação criminal e desprezo de processos que não satisfazem os critérios da pesquisa). Torna-se necessário um exame mais acurado para se saber se qualitativamente o fator de impacto na decisão penal foi a existência de uma prisão cautelar anterior.

Em números brutos, das 90 sentenças e dos 90 acórdãos analisados, chegou-se à conclusão de que de forma direta ou indireta a prisão processual (como regra geral a prisão em flagrante) foi utilizada como elemento formador de convicção judicial em todos os casos. Duas conclusões se fazem importantes neste momento: (a) a declaração de uma prisão processual acaba se transformando numa verdadeira resolução de mérito; (b) em todos os casos, em alguma instância ocorreu a menção à prisão processual nos fundamentos da decisão. Destaca-se que foram desprezadas as situações nas quais as sentenças ou acórdãos analisavam a prisão nos relatórios, bem como na dosimetria da pena (na maioria das vezes para decretar a revogação da prisão preventiva pelo regime de pena aplicado ou para efeitos de detra-

do Sul, passando a declarar a prescrição pela pena em concreto, seja ela retroativa ou intercorrente. Nestes casos especiais, teríamos, inexoravelmente, o duplo grau de jurisdição, apesar da decretação da prescrição. Entretanto, como referido, não foi o caso de nossa pesquisa.

ção). Este resultado confirma uma situação extremamente problemática: em 100% dos casos analisados decretada prisão processual houve condenação e em também em 100% dos casos, a condenação se fundamentou, parcialmente, em elementos próprios da prisão.

Descritivamente pode-se dizer que ocorreu o predomínio da prisão em flagrante posteriormente "convertida" em preventiva. Também se destacam as decisões, seja em primeira ou em segunda instâncias, que declaram a presença da materialidade com base no auto de prisão em flagrante. Por fim, grande número dos casos – em decorrência da flagrância do acusado – traz como fonte de prova o depoimento dos policiais que procederam à prisão, sendo incorporado às razões de decidir.

Basicamente, estes os registros de ordem metodológica que permitiram chegar até estes números. Criticamente, do âmbito destes estudos deveriam emergir novas possibilidades de análises, voltadas para a apuração de ao menos três marcos decisivos da prova penal: (a) a atribuição probatória significativa aos depoimentos dos policiais; (b) a atribuição valorativa à palavra da vítima; (c) o reconhecimento pessoal do acusado. Em síntese, estes três pontos, somados ao impacto sobre o julgador quando da decretação de uma prisão processual configura um molde que preenche a totalidade dos casos examinados. Em outras palavras, quer-se dizer que nos processos examinados, o quadro probatório refletido na sentença baseou-se na utilização parcial ou total da combinação dos elementos (a) flagrância; (b) testemunho policial; (c) depoimento da vítima; (d) reconhecimento pessoal, por fotografias ou informal.

O *primeiro problema epistemológico* detectado é a sub-rogação da prisão cautelar ao estatuto de decisão de mérito. Deve-se ter em mente que a prisão em flagrante, que nada mais é do que uma prisão administrativa que dará nascimento a uma investigação preliminar está lastreada em mera possibilidade[17] de delito. Percebe-se, portanto, que o transplante de uma decisão que exige certeza (sentença) para outra (decisão interlocutória) cujos aspectos que a conformam são de menor complexidade (mera possibilidade) e sujeitos à precariedade de seus elementos de informação constituem um nítido problema que constitui, à luz do pensamento de Cordero, o primado das hipóteses sobre os fatos.[18] Neste ponto, não seria equivocado se apontar a prisão processual como um obstáculo epistemológico à decisão penal.

O *segundo problema epistemológico* encontrado é a ocupação da prisão em flagrante como um local "de verdade". Se, portanto, temos esta situação, é porque a flagrância se constitui num regime de evidência, que é justamente aquilo que dis-

17. Cf LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar*... cit.

18. CORDERO, Franco. Op. cit.

pensa a prova. Pode-se afirmar que a prisão em flagrante funciona em um regime de veridicidade, determinando e pautando a política da prova no processo (efeito da visão de túnel já referida).

O *terceiro problema epistemológico* é a transformação da prisão cautelar, que deveria aderir a uma determinada instrumentalidade, em um momento e ato "probatório" por excelência, o que implica, por igual, uma necessária rediscussão sobre a diferença entre atos de investigação e prova penal.

4. DECISÃO PENAL E *CONFIRMATION BIAS*: ANTECIPAÇÃO DO MÉRITO À CUSTA DE GARANTIAS

O aspecto que nos parece mais relevante, a fim de angariar elementos que possam de alguma forma servir para justificar o quadro empírico encontrado na presente pesquisa é a formação do convencimento judicial. De fato, seria epistemologicamente muito pobre contentar-nos com um breve excurso pelo princípio do livre convencimento motivado. É preciso avançar.

A teoria da decisão penal não se constitui como um ramo diversificado da decisão humana. Notadamente, a decisão jurídica deve ser contemplada a partir dos mesmos vetores que guiam a teoria da decisão, juntamente com os problemas que conduzem a decisões "bloqueadas" ou "cegas", sujeitas a distorções cognitivas. Partimos aqui para uma breve análise da tendência confirmatória ou *confirmation bias*.

Esta tendência confirmatória da decisão pode ser definida como um atalho cognitivo ou heurístico que simplifica determinadas funções inferenciais.[19] Este atalho (*shortcut*) conduz a decisões mais pobres pelo fato de que a informação trazida para apreciação do julgador não é avaliada em toda a sua complexidade. Este processo ocorre por que existem determinadas crenças inerentes a cada sujeito[20] geradoras da tendência de se interpretar o conjunto informacional de acordo com o quadro das preferências[21] ou pré-compreensões, sendo, portanto, toda e qualquer decisão que se tome, inevitavelmente parcial. Carlson e Russo[22] apontaram em pesquisa que os ju-

19. FRIEDRICH, J. Primary error detection and minimization (PEDMIN) strategies in social cognition: A reinterpretation of confirmation bias phenomena. *Psychological Review*. n 100. p. 319. 1993; MACCOUN, R. J. Biases in the interpretation and use of research results. *Annual Review of Psychology*. n. 100. p. 298-319. 1998.

20. WASON, P. C. On the failure to eliminate hypotheses in a conceptual task. *Quarterly Journal of Experimental Psychology*. n 12. p. 129-140. 1960.

21. KORIAT, A.; LICHTENSTEIN, S.; FISCHHOFF, B. Reasons for confidence. *Journal of Experimental Psychology: Human Learning & Memory*. n. 6. p. 107-118. 1980.

22. CARLSON, K. A. RUSSO, J. E. Biased interpretation of information of evidence by mock jurors. *In Journal of Experimental Psychology Applied*. n. 07. p. 91-103. 2001.

rados, nos Estados Unidos, tendem a interpretar a informação de acordo com as suas impressões prévias e não de forma objetiva, como deveria se dar num processo judicial. A explicação mais comum para este tipo de processo é a de que a exposição à informação que contradiz as crenças ou atitudes de alguém acarreta a inconsistência cognitiva, que por seu turno produz sentimentos de aversão e dissonância.[23] A exposição de alguém a informações que se alinham às crenças e comportamentos preferenciais gera uma espécie de comportamento que permite evitar o sentimento de aversão causado pela informação inconsistente e, ao mesmo tempo, encontrar suporte para as suas atitudes, escolhas e comportamentos.[24] Aqui se encontra campo fértil para a teoria da dissonância cognitiva, explorada por Festinger em diversas pesquisas. Basicamente, a teoria da dissonância cognitiva trata com relações entre objetos e preferências, a partir do quadro de experiência acumulado pelo intérprete. Um evento que confirma as pressuposições e que faz parte, assim, do conjunto de expectativas do intérprete produz um sentimento de consonância. Quando alguém, por exemplo, encosta sua mão no fogo e se queima, ocorre uma relação de consonância entre o intérprete e aquela situação vivida. Entretanto, quando, por exemplo, encosta a mão no fogo e por algum motivo não se queima, ocorre uma situação de dissonância, geradora de intenso mal-estar, uma vez que o evento acaba fraturando o conjunto de experiências acumuladas pelo sujeito, que pressuporiam um acontecimento diverso. Tem-se então uma relação dissonante. A dissonância cognitiva provocará ações do sujeito para reduzir este sentimento de aversão. O sujeito poderá mudar seu comportamento, a fim de conciliar aquela relação de oposição ou então, ignorará aquele fato, no escopo de se manter a coerência interna do sistema de experiências vivido. Ambas as ações consistem em reduções de dissonância. O que pode ser notado claramente é que a contraparte do processo de consonância é a tendência a se evitar aquelas informações que infirmem as crenças e que se prestariam a servir como suporte para alternativas àquelas hipóteses.

Dentro da teoria da decisão tem-se a tendência do sujeito a valorar os aspectos positivos da decisão ante seus aspectos negativos ou mesmo em face dos aspectos positivos da decisão hipoteticamente alternativa. Quando por exemplo, um adulto é confrontado com uma alternativa (v.g., a escolha entre dois automóveis, ambos desejados pelo sujeito), após a decisão o sujeito tenderá a ressaltar os aspectos positivos do automóvel eleito e diminuirá as vantagens do automóvel preterido. Estamos aqui num universo decisional simples. Em qualquer processo judicial, já não

23. FESTINGER, Leon. Cognitive dissonance. *Scientific American*. vol. 207. n. 4. p. 93-102. 1962.

24. GALDI, Silvia; GAWRONSKI, Bertram; ARCURI, Luciano; FRIESE, Malte. Selective exposure in decided and undecided individuals: differential relations to automatic associations and conscious beliefs. *Personality and Social Psychology Bulletin*. n. 38. p. 560. London: Sage, 2012.

existem alternativas simples, mas decisões sequenciais. Isto é, as decisões do julgador não apenas levam em conta o quadro decisório presente, mas também levam em consideração aquelas decisões passadas, provocando um quadro decisório complexo. Naturalmente, as decisões supervenientes terão como condicionante insuprimível a primeira importante decisão. A procura pela redução de dissonância acarreta a tomada de decisão de forma coerente com aquela primeira decisão. Instala-se, por assim dizer, um processo de manutenção da consonância das decisões seguintes a partir da primeira. A redução da dissonância ocorre quando as decisões posteriores mantêm uma linha de continuidade que sustenta a primeira decisão. Para o processo penal temos consequências não apenas complexas, mas, sobretudo drásticas. A *confirmation bias* se apresenta sob a forma de dois mecanismos: (a) primeiramente, na seleção da informação considerada relevante (aquela que confirma a crença) e (b) uma interpretação preferencial da informação disponível.[25] Tomando-se como parâmetro estes processos cognitivos, o primeiro ponto considerado frágil no processo penal reside na existência de uma investigação preliminar unilateral, despida de contraditório. A unilateralidade e a seletividade da investigação preliminar conduz, invariavelmente, o julgador ao contato com uma versão bem menos complexa dos fatos a serem examinados, exigindo, não raras vezes, decisões judiciais que servirão como alicerce de todas as demais. Eis então o problema suscitado pelas decisões de tutela provisional processual penal. Novamente aqui, a *tunnel vision* encontrará, como demonstram diversos estudos, na investigação preliminar, a fase processual mais suscetível de florescimento. Sob outro aspecto, além da unilateralidade da informação nesta fase procedimental, gera-se a expectativa de uma decisão em consonância com o material cognitivo que repousa na investigação preliminar, criando-se então, um segundo nível de reforço da decisão. Evidentemente que a chance de se reduzir a tendência confirmatória repousa em uma audiência para que o juiz possa decidir sobre eventual prisão processual, sempre regida em contraditório.

Uma questão que está diretamente ligada ao *confirmation bias* é a tendência, mesmo nas decisões jurídicas, de procurar relações causais concernentes às provas. Afirmam Ask e Granhag[26] que os jurados quando confrontados com um complexo de provas, tendem a incorporá-las em estruturas coerentes de memória relativas a histórias causais em detrimento de considerar a prova fragmentariamente. Em outras palavras, a fragmentariedade de cada elemento de prova é desprezada para se levar em conta, no momento decisório, o conjunto de inúmeras parcialidades, o

25. ASK, Karl; GRANHAG, Par Anders. Motivational sources of confirmation bias in criminal investigations: the need for cognitive closure. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*. n. 3. p. 45. 2005.

26. Idem, p. 44.

que garante, por exemplo, como aponta a jurisprudência, que "um conjunto de indícios possa servir como elemento de condenação". É claro que cada indício isoladamente considerado seria insuscetível de gerar uma condenação. Isto por que a sua fragilidade é escancarada. Todavia, ao se direcionar para o "conjunto" ou a "totalidade" dos indícios, cria-se um conjunto, cuja presença múltipla de elementos alivia a lacuna isolada de cada elemento de convicção. Veja-se, portanto, que as dissonâncias cognitivas geradas pela precariedade e fragmentariedade de cada meio de prova são reduzidas a partir de uma análise global da prova processual, o que explica o elevado índice de condenações, no Brasil, a partir de um quadro probatório árido. Mediante certas pesquisas, verificou-se que para os magistrados o momento crítico da tomada de decisão é a construção da *situation awarness*, correspondente à recriação interna e subjetiva do cenário sobre o qual deverá recair a decisão. Este processo consiste em interpretar e combinar a informação do ambiente para entender o que está acontecendo e por que inúmeros erros decisórios decorrem da pobreza desta construção.[27] Novamente, a redução da dissonância afeta diretamente a análise complexa dos elementos de prova. Avaliados em sua totalidade, torna-se mais fácil tomar-se uma decisão condenatória. Com a seleção dos meios de prova que devem ser levados em consideração no momento de decidir, igualmente se verifica a "descomplexificação" da situação jurídica que requer decisão, sendo mais fácil, assim, encontrar elementos consonantes.

Com relação à seletividade da informação a ser colhida, há a tendência de se preferir determinados meios de confirmação da hipótese com a qual se trabalha, em detrimento dos meios que poderiam infirmá-la.[28] Aqui é que já se projeta, desde a investigação preliminar, um primado dos meios confirmatórios da hipótese sobre a qual se trabalha, em detrimento dos elementos que apontariam rumos alternativos para a investigação. Quanto ao segundo aspecto, a interpretação seletiva das informações disponíveis – que já se encontra sedimentada nos estudos sobre decisão e cognição mediante incontáveis testes – ocorre o fenômeno pelo qual informações ambíguas são interpretadas como confirmatórias das próprias crenças. Naturalmente ocorrerá a situação na qual a mesma prova (ambígua) será desconsiderada para servir como mecanismo de exoneração da hipótese ou mesmo de uma nova hipótese.[29] Dentro deste quadro aparece o que se chamou de *need for cognitive closure*,[30] que designa o desejo de um atalho para uma decisão sobre determinada

27. Idem, p. 45.

28. KLAYMAN, J.; HA, Y. W. Confirmation, disconfirmation, and information in hypothesis testing. *Psychological Review*. n. 94. p. 211-228. 1987.

29. ASK, Karl; GRANHAG, Par Anders. Motivational sources... cit., p. 46.

30. WEBSTER, D. M.; KRUGLANSKI, A. W. Individual differences in need for cognitive closure. *Journal of Personality and Social Psychology*. n. 67. p 1049-1062. 1994.

questão, evitando a ambiguidade e a confusão. De acordo com Kruglanski, uma pessoa com uma forte necessidade de "fechamento cognitivo" julgará de acordo com provas inconclusivas e exibirá rigidez de pensamento e relutância em considerar distintos pontos de vista.[31]

Sinalizados estes aspectos acerca da tendência confirmatória da decisão, que se liga à dissonância cognitiva e ao fechamento cognitivo, encontram-se facilmente argumentos para se refutar o sistema inquisitório assentado especialmente pela prática de inúmeros atos por uma mesma pessoa (aglomeração quântica de poder),[32] bem como pela natural tendência à produção de fechamentos cognitivos. Basta relembrar Cordero,[33] para quem o sistema inquisitório converte o processo penal num solipsista monólogo psicoscópico, com a consequente cegueira ou blindagem para cenários alternativos.[34] Como se pode detectar por meio de qualquer leitura atenta, o modelo inquisitorial tende a aumentar e reforçar a tendência ao fechamento cognitivo do julgador, produzindo – até pela falta de teses contrapostas – atos processuais consonantes.

Evidentemente que o sistema acusatório possui a característica de reduzir ou minimizar este quadro de fissuras cognitivas. Hernandez e Preston[35] sinalizam que a *confirmation bias* está relacionada com o que foi denominado por fluência. Isto é, um procedimento sem grandes sobressaltos, nos quais predomina a unidirecionalidade (verificação de testes sobre a hipótese acusatória). Determinadas experiências com a disfluência sinalizam que desta forma a informação é melhor analisada. Por exemplo, por meio de alguns testes, constatou-se que os alunos tiveram um resultado melhor em provas cujas questões foram redigidas em língua diversa, pois aí ingressava um elemento disfluente. A disfluência é uma interrupção do fluxo "normal", do andamento paulatino e linear de um procedimento. Como seria possível se pensar em um processo penal disfluente? O sistema adversarial se constitui, ao menos teoricamente, como um processo disfluente por excelência. O primado do contraditório num cenário de agonismo processual permite a incessante permuta de versões e atos processuais. Um processo penal com fases bem determinadas (com a necessária existência de instrumentos de garantia da disfluência, como, por

31. KRUGLANSKI, A. W. *Lay epistemics and human knowledge: cognitive and motivational bases*. New York: Plenum Press, 1989.

32. SCHUNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 30.

33. CORDERO, Franco. Op. cit.

34. RASSIN, Eric. Blindness to alternative scenarios in evidence evaluation. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*. n. 7. p. 153-163. 2010.

35. HERNANDEZ, Ivan; PRESTON, Jesse Lee. Disfluency disrupts the confirmation bias. *Journal of Experimental Social Psychology*. vol. 49. p. 178. 2013.

exemplo, a impossibilidade de traslado dos elementos da investigação preliminar para o processo) e limitadas também pode contribuir para a diminuição da fluência processual.

Entretanto, apresentados estes pontos sobre a teoria da decisão e da tendência confirmatória, o que se pode falar acerca das "prisões cautelares"? Evidentemente, como regra geral, as prisões processuais são decretadas durante a fase de investigação preliminar. Do conjunto de decisões analisadas nesta pesquisa vislumbrou-se que a prisão preventiva está diretamente ligada à prisão em flagrante, o que aproxima novamente o órgão julgador dos problemas epistemológicos trazidos à tona pela teoria da dissonância cognitiva, do fechamento cognitivo e da tendência à confirmação. De toda a sorte, restam ainda alguns pontos que dizem respeito às prisões processuais e que consistem em um elemento informativo específico relativamente à teoria da decisão. O primeiro aspecto que não pode ser menosprezado diz respeito ao tempo da decisão. Carnelutti[36] já intuíra brilhantemente sobre a necessidade do tempo para a decisão, que não se resume ao tempo cronológico, como demonstrou Lacan.[37] A questão é ainda mais profunda: segundo Nickerson, determinados testes empregados no contexto de processos judiciais demonstram que quanto mais tarde há a formação da convicção judicial, mais amplamente a prova é avaliada. Assim, de acordo com o modelo norte-americano, os jurados são advertidos de que não devem fazer qualquer espécie de veredicto até que toda a prova recolhida seja apresentada em juízo.[38] Novamente, entra em cena a questão da disfluência processual: a garantia do contraditório permite que as versões contrapostas delimitem todo o ambiente dentro do qual a decisão deverá ser tomada e não o mero fragmento que se acomoda à impressão inicial do julgador. Por isso a relevância de se evitar a introdução do inquérito policial no processo, bem como a necessidade de um juiz de garantias para examinar as decisões da fase de investigação, evitando-se que o juiz da instrução forme sua convicção prematuramente.

Deve-se registrar, igualmente, que nem sempre a tendência confirmatória está diretamente ligada a uma crença daquele que decide de forma a determinar a falsidade/veridicidade do evento. Há também a sua ocorrência no sentido da decisão tratar de evitar o aparecimento de erros.[39] De acordo com Brockner e Rubin, se o tomador da decisão falha ao desconsiderar determinadas informações que

36. CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. 2. ed. Campinas: Minelli, 2004.

37. LACAN, Jacques. *Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

38. NICKERSON, Raymon. Confirmation bias: an uniquitous phenomenon in many guises. *Review of General Psychology*. vol. 2. n. 2. p. 193. 1998.

39. Idem. p 203.

infirmariam a decisão, torna-se mais difícil a correção do erro com a revisão daquela decisão.[40] Quem decide acaba selecionando a informação como uma forma de reduzir ou evitar preocupações de que elas possam estar erradas.[41] Assim, a difícil tomada de decisão não se mantém circunscrita a um núcleo de exposição seletiva da informação (Festinger), mas também deve ser analisada, no quadro das decisões judiciais, dentro de uma sequência. Quanto maior a necessidade de decisões sequenciais, mais difícil é a reversão de um determinado panorama processual. Por isso novamente a insistência com a disfluência processual e com o "recorte processual" em fases processuais bem delimitadas, devidamente garantidas contra a sobreposição de uma fase na outra. Igualmente, um elemento que merece maior atenção e aprofundamento de pesquisas advém das conclusões de Ask, Rebelius e Granhag[42] de que os participantes do julgamento têm maior crença nas provas incriminatórias do acusado do que quando a prova é exoneratória, o que confirma as pesquisas que sustentam que o momento do primeiro contato com os elementos processuais e eventual necessidade de decisão produziram as relações cognitivas geradoras de consonância ou dissonância. Atentando-se para o sistema processual penal brasileiro e para o instituto da prevenção, torna-se fácil concluir que se trata de uma categoria potencializadora das disrupções cognitivas encontradas nas decisões judiciais. E então, não seria difícil de concluir, juntamente com Findley e Scott[43] que todo o processo penal conduz a uma visão incriminatória do acusado.

O quadro teórico apresentado confirma aquele empírico aqui exposto. Ao que parece se encontram presentes os mecanismos da tendência confirmatória da decisão, geradores de uma equivalência de 100% entre as decisões de prisão processual e as condenações. O principal problema é a inexistência de qualquer panorama de reforma processual que tenha por objetivo evitar os quadros de disrupção cognitiva. Ou melhor, pode-se afirmar que no Brasil, diante do sistema normativo existente, muito para além de uma estrutura de violação do princípio da imparcialidade, o que se tem é a violação ao direito fundamental a uma devida cognição judicial.

40. BROCKNER, J.; RUBIN, J. Z. *Entrapment in escalating conflicts – A social psychological analysis*. New York: Springer, 1985.

41. SCHERER, Aaron M.; WINDSCHITL, Paul D.; SMITH, Andrew R. Hope to be right: biased information seeking following arbitrary and informed predictions. *Journal of Experimental Social Psychology*. n. 49. p. 107. 2012.

42. ASK, K.; REBELIUS, A; GRANHAG, P. A. The "elasticity" of evidence: a moderator of investigation bias. *Applied Cognitive Psuchology*. n. 2. p. 43-63. 2008.

43. FINDLEY, K. A.; SCOTT, M. S. Op. cit., p. 291-397.

5. CONCLUSÕES

Deve-se afirmar que o quadro anteriormente apresentado não seria tão grave se não houvesse uma cultura jurídica de baixíssima densidade constitucional a acomodar as pulsões inquisitórias no processo penal brasileiro. E aqui se tem um problema de teoria geral do processo penal ligado direta e estreitamente aos obstáculos a uma devida cognição no processo penal. A doutrina tradicional advoga, há muito tempo, sendo reiterada pela jurisprudência brasileira, que a principal finalidade do processo penal é a aplicação da pena (instrumentalidade simples ou *lato sensu*). As questões aqui levantadas, que dizem respeito à decisão penal e a premissa da tendência confirmatória expõem a olho nu como, em primeiro lugar, estamos muito longe de uma disfluência processual. Mas para além, um sistema processual penal (inquisitório) que se legitima como mecanismo de mera aplicação da pena (e não como instrumento de garantias) produz fechamentos cognitivos que justificam, por exemplo, que tenhamos, no conjunto de casos analisados, uma irrevogável decisão de mérito que sempre confirma a decisão "cautelar". E isto se explica por meio da circunstância de que para além da sequencialidade das decisões, cuja operação ocorre por meio de mecanismos redutores de dissonância, atuam os chamados objetivos inconscientes a legitimar a ordem policialesca lavrada sob a epígrafe de processo penal em nosso país.

Explica-se. Apesar de poder parecer, à primeira vista, paradoxal se falar em objetivos inconscientes, na literatura já se encontram inúmeros estudos sobre os objetivos implícitos ou inconscientes. Os objetivos são representados em redes de representações mentais que contêm os seus fins, contextos nos quais são usualmente perseguidos e outros relevantes objetivos e impedimentos.[44] Para as teorias que sustentam esta tese, a ativação de um elemento da rede ativa toda a rede, levando à perseguição dos objetivos. Quando alguém está comprometido com uma tarefa (possuidora de uma finalidade), haverá a tendência do sujeito em ignorar finalidades alternativas, blindando a persecução da finalidade de possíveis distrações.[45]

A perseguição de objetivos inconscientes, nas palavras de Marien et al[46] determinam o "sequestro" das funções executivas, conduzindo, por exemplo, à desini-

44. KLEIMAN, Tali; HASSIN, Ran R. When conflicts are good: nonconscious goals conflicts reduce confirmatory thinking. *Journal of Personality and Social Psychology*. n. 3. vol. 105. p. 374-375. 2013.

45. SHA, J. Y.; FRIEDMAN, R.; KRUGLANSKY, A. W. Forgetting all else: on the antecedents and consequences of goal shielding. *Journal of Personality and Social Psychology*. n. 83. p. 1261-1280. 2002.

46. MARIEN, Hans; HASSIN, Ran R.; CUSTERS, Ruud; AARTS, Henk. Unconscious goal activation and the hijacking of the executive function. *American Psychological Association*. vol. 103. n 3. p. 399-415. 2012.

bição do sujeito para conceder respostas prepotentes e erros de leitura sempre que confrontados com situações de tensão.

Deve-se chamar a atenção para o fato de que quando o processo penal é pensado como uma ferramenta de aplicação da pena, cada decisão e ato processuais ativarão aquela finalidade (antidemocrática) de servir como alavanca punitiva. Pense-se nisso que se justificam, por exemplo, decisões pela não anulação de atos manifestamente inválidos (inexistência de prejuízo), decisões que conferem peso extraordinário "à palavra da vítima", decisões que atribuem o "ônus da prova ao acusado" etc. O que se está afirmando é que tanto a jurisprudência quanto a doutrina que sustenta aquelas decisões (basta verificar-se, por exemplo, quem é a "doutrina" citada em avulsão pelo STF para se ter notícia da ausência de uma cultura jurídica processual penal naquele órgão) reproduzem entendimentos que serviram como escolho teórico de um processo penal antidemocrático!

A ausência de uma verdadeira cultura jurídica democrática, no campo do processo penal permite que o processo penal seja considerado como uma mera ferramenta para se punir. E se sabe, o processo penal é justamente um anteparo à punição. Portanto, ao lado das lacunas cognitivas – que seriam um problema grave por si – tem-se a ativação dos objetivos inconscientes, que outorgam, novamente, ao processo penal, uma deficiência da cognição probatória. Deve-se falar, portanto, em um direito fundamental à devida cognição no processo penal.

Ao que nos parece, no que diz respeito exclusivo ao cenário das prisões processuais, algumas questões devem ser sinalizadas:

a) magistrado que decreta uma prisão processual não pode decidir o mérito;

b) as razões, elementos e formalização de todas as medidas cautelares, protetivas e preventivas devem ser autuados em apartado, perante juiz diverso da instrução e jamais poderão acompanhar os autos principais;

c) toda decisão cautelar, protetiva e preventiva deverá ser acompanhada de audiência, em contraditório, para que o afetado pela decisão possa alargar o campo cognitivo judicial;

d) mecanismos de disfluência processuais devem ser introduzidos (como a segmentação do processo em fases, com os cuidados para se garantir que uma não invada a outra) no processo penal.

Evidentemente que estas propostas são recursos redutores e não eliminadores do curto-circuito cognitivo no processo penal. Entretanto, o que é inadmissível, para um direito fundamental à devida cognição no processo penal é a presença de institutos como a prevenção, o cotejo dos elementos indiciários da investigação preliminar com a prova, os poderes instrutórios dos juízes, dentre tantos outros, que fornecem campo fértil para a afetação da cognição judicial. Para alguém que vislumbre o processo penal como mero instrumento de punição o déficit cognitivo no processo parece perfumaria ou falácia teórica, uma vez que o importante é se

encontrar o culpado (o que acaba acontecendo na maioria das vezes). Todavia, para aqueles que se preocupam com eficácia das garantias e direitos fundamentais, com a democracia substancial, há que se preocupar para com o direito fundamental a uma devida cognição. Aqui ingressa a responsabilidade da doutrina por meio da reprodução acrítica de verbetes, conceitos, posições em falta de sintonia com a Constituição da República. Ou melhor: em dissonância (cognitiva) com a Constituição da República!

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMENTA DEU, Teresa. *La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?* Madrid: Marcial Pons, 2013.

ASK, Karl; GRANHAG, Par Anders. Motivational sources of confirmation bias in criminal investigations: the need for cognitive closure. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*. n. 3. p. 43-63. 2005.

ASK, Karl; REBELIUS, Anna; GRANHAG, Par Anders. The "elasticity" of evidence: a moderator of investigation bias. *Applied Cognitive Psychology*. n. 2. p. 289-306. 2008.

BROCKNER, J.; RUBIN, J. Z. *Entrapment in Escalating Conflicts – A social psychological analysis*. New York: Springer, 1985.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: El Foro, 1996.

CARLSON, K. A.; RUSSO, J. E. Biased Interpretation of Information of evidence by mock jurors. *Journal of Experimental Psychology Applied*. n. 7. p. 91-103. 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. 2. ed. Campinas: Minelli, 2004.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FESTINGER, Leon. Cognitive dissonance. *Scientific American*. vol. 207. n. 4. p. 93-102. 1962.

FINDLEY, K. A.; SCOTT, M. S. The multiple dimensions of tunnel vision in criminal cases. *Wisconsin Law Review*. n. 2. p. 291-397. 2006.

FRIEDRICH, J. Primary error detection and minimization (PEDMIN) strategies in social cognition: A reinterpretation of confirmation bias phenomena. *Psychological Review*. n 100. p. 298-319. 1993.

GALDI, Silvia; GAWRONSKI, Bertram; ARCURI, Luciano; FRIESE, Malte. Selective exposure in decided and undecided individuals: differential relations to automatic associations and conscious beliefs. *Personality and Social Psychology Bulletin*. n. 38. p. 559-569. London: Sage, 2012.

HERNANDEZ, Ivan; PRESTON, Jesse Lee. Disfluency disrupts the confirmation bias. *Journal of Experimental Social Psychology*. vol. 49. p. 178-182. 2013.

KLAYMAN, J.; HA, Y. W. Confirmation, disconfirmation, and information in hypothesis testing. *Psychological Review*. n. 94. p. 211-228. 1987.

KLEIMAN, Tali; HASSIN, Ran R. When conflicts are good: nonconscious goals conflicts reduce confirmatory thinking. *Journal of Personality and Social Psychology*. n. 3. vol. 105. p. 374-375. 2013.

KORIAT, A., LICHTENSTEIN, S.; FISCHHOFF, B. Reasons for confidence. *Journal of Experimental Psychology: Human Learning & Memory*. n. 6. p. 107-118. 1980.

KRUGLANSKI, A. W. *Lay epistemics and human knowledge: cognitive and motivational bases*. New York: Plenum Press, 1989.

LACAN, Jacques. *Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

LOPES JR., Aury. *Processo penal e sua conformidade constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACCOUN, R. J. Biases in the interpretation and use of research results. *Annual Review of Psychology*. n. 100. p. 298-319. 1998.

MARIEN, Hans; HASSIN, Ran R.; CUSTERS, Ruud; AARTS, Henk. Unconscious goal activation and the hijacking of the executive function. *American Psychological Association*. vol. 103. n. 3. p. 399-415. 2012.

MARTIN, Diane L. Lessons about justice from the "laboratory" of wrongful convictions: tunnel vision, the construction of guilt and informer evidence. *University of Missouri-Kansas City Law Review*. n. 70. p. 847-864. 2002.

NICKERSON, Raymon. Confirmation bias: an uniquitous phenomenon in many guises. *Review of General Psychology*. vol. 2. n. 2. p. 175-220. 1998.

PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de medidas cautelares penales: peligrosidad del imputado y protección del processo*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

RASSIN, Eric. Blindness to alternative scenarios in evidence evaluation. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*. n. 7. p. 153-163. 2010.

SCHERER, Aaron M.; WINDSCHITL, Paul D.; SMITH, Andrew R. Hope to be right: biased information seeking following arbitrary and informed predictions. *Journal of Experimental Social Psychology*. n. 49. p. 106-112. 2012.

SCHUNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Dykinson, 2005.

SHA, J. Y.; FRIEDMAN, R.; KRUGLANSKY, A. W. Forgetting all else: on the antecedents and consequences of goal shielding. *Journal of Personality and Social Psychology*. n. 83. p. 1261-1280. 2002.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

WASON, P. C. On the failure to eliminate hypotheses in a conceptual task. *Quarterly Journal of Experimental Psychology*. n. 12. p. 129-140. 1960.

WEBSTER, D. M.; KRUGLANSKI, A. W. Individual differences in need for cognitive closure. *Journal of Personality and Social Psychology*. n. 67. p 1049-1062. 1994.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil, de Ingo Wolfgang Sarlet, *RBCCrim* 102/13, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 9/345 (DTR\2015\11054).

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 263-286. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

A "GUERRA CONTRA O CRIME" E OS CRIMES DA GUERRA: FLAGRANTE E BUSCA E APREENSÃO NAS PERIFERIAS

THE "WAR ON CRIME" AND THE CRIMES OF WAR: FLAGRANT DELICT AND SEARCH AND SEIZURE IN THE POOR AREAS

ROSIVALDO TOSCANO DOS SANTOS JÚNIOR

Mestre em direito pela *Unisinos*. MBA em Poder Judiciário pela FGV-Rio. Doutorando em Direitos Humanos pela UFPB. Professor na Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (*Esmarn*). Membro da Comissão de Direitos Humanos da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Membro da Associação Juízes para a Democracia (AJD). Juiz de Direito em Natal-RN, Brasil.
rosivaldotoscano@hotmail.com

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O escrito questiona a constitucionalidade dos casos de busca e apreensão em pretensa situação de flagrância originária de denúncia anônima ou suposição dos policiais, no ambiente das periferias das grandes cidades brasileiras. Dentro do contexto dos discursos da violência e da "guerra contra o crime", essas práticas criminalizam as populações carentes, desconsiderando não somente o devido processo legal, mas também a dignidade humana dos residentes nos bairros pobres. Inferiorizados pelas práticas policial e jurídica, os habitantes das periferias são os sem-voz, tratados como *outsiders*, *homo sacer* ou subcidadãos. O Estado só chega às periferias como Estado Polícia, materializa áreas de exceção como técnica de controle/opressão, ferindo também o princípio da isonomia. A solução passa pela declaração de nulidade desses expedientes como meio de reafirmar o Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Flagrante e busca e apreensão - Denúncia anônima - Justa causa - Prova ilícita - Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The text questions the constitutionality of the search and seizure cases on alleged flagrancy situation based on anonymous tip or police supposition in periphery areas of large cities. Within the context of the discourses of violence and the "war against crime", these practices criminalize the poor people by not considering not only the due process of law, but also the dignity of the people who live in poor neighborhoods. Inferiorized by the police and legal praxis of common sense theory, the people from poor neighborhoods have no voice and are treated as *homo sacer* or undercitizens. The State that only reaches the outskirts areas as a Police State materializes excluded people areas as a control/oppression technique directly disrespecting the equality principle. The solution is to declare the invalidation of such practices as a way of reaffirming the democratic rule of law.

KEYWORDS: Flagrant crime and search and seizure - Anonymous accusation - Just cause - illegal evidence - Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O *case* revelador de uma realidade - 3. Sobre a justa causa - 4. O discurso da violência e a violência do discurso: 4.1 Violências subjetiva e objetiva - 5. A "guerra

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. A "guerra contra o crime" e os crimes da guerra: flagrante e busca e apreensão nas periferias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 287-309. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

contra o crime" e os crimes da guerra: 5.1 Os crimes da "guerra" nas zonas de exclusão forçada – 6. Cumprir a lei ou violá-la? A denúncia anônima e o flagrante – 7. Conclusão – 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente escrito nasceu de nossa atuação como juiz em uma das Varas Criminais da Comarca de Natal. Começamos a nos deparar com uma série de prisões em flagrante na periferia da cidade, todas decorrentes de busca e apreensão em domicílios e que, segundo policiais militares, eram oriundas de denúncias anônimas. O *script* era basicamente o mesmo: policiais militares diziam haver recebido denúncia anônima de que no interior de determinada casa estava se praticando algum crime permanente. Dirigiam-se ao local, entravam na casa, realizavam a busca e encontravam armas ou drogas.

Em um caso precedente, um rapaz denunciou em um programa de televisão agressões, ameaças e invasões de domicílio sem mandado judicial por policiais militares no bairro carente em que morava. Inclusive, nominou um dos policiais que invadiram sua casa indevidamente só porque ela ficava na mesma vila em que procuravam um suspeito de tráfico ilícito de drogas. Contou que os policiais costumavam forjar flagrantes e agredir ou criminalizar quem reclamasse. Semanas depois, policiais militares, sob a alegação de que teria havido uma denúncia anônima contra o rapaz, invadiram sua casa e ali supostamente teriam encontrado maconha e *crack*, prendendo-o.

Durante a instrução, tomamos conhecimento dos inúmeros abusos que esse jovem sofreu. Seu interrogatório foi um dos mais convincentes que já tínhamos visto até então. O Ministério Público, em suas alegações finais, não só pediu a absolvição como também solicitou a remessa de peças para investigar a tortura e o abuso de autoridade aos quais tinha sido submetido.[1]

O ponto culminante nessa onda de flagrantes oriundos de denúncias anônimas, porém, deu-se em setembro de 2011. Um casal foi preso com 12 gramas de crack e 30 gramas de maconha. A Polícia Militar alegou que recebera um telefonema anônimo dando conta de que há uns dias, em determinada casa de uma das favelas da cidade, havia tráfico. Em vez de comunicarem à Polícia Civil – que é a constitucionalmente responsável para conduzir as investigações, uma vez que existia apenas informes anônimos, não havia urgência porque o crime seria permanente e há dias estaria ocorrendo – resolveram entrar à força na residência e realizar uma busca,

1. Não identificaremos o caso porque se tratou de ação penal envolvendo tráfico de drogas e por respeito à intimidade e à segurança da pessoa que foi acusada.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. A "guerra contra o crime" e os crimes da guerra: flagrante e busca e apreensão nas periferias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 287-309. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

oportunidade em que as drogas foram encontradas. Em juízo, os policiais militares confirmaram que entraram no imóvel devido somente à denúncia anônima. Segundo os acusados, que eram assistidos pela Defensoria Pública em face da miserabilidade econômica de ambos, o homem foi agredido para que informasse onde as drogas estavam. Em juízo, os policiais militares negaram as agressões e confirmaram que entraram no imóvel devido somente à denúncia anônima. Embora um dos acusados fosse confesso, consideramos a busca e apreensão ilegal e absolvemos ambos. Algum tempo depois, o vídeo da sentença foi disseminado no *WhatsApp*, ganhou repercussão no *Facebook* e causou polêmica.[2]

2. O *CASE* REVELADOR DE UMA REALIDADE

O *case*, portanto, não é tão incomum. Cotidianamente, em nome da guerra às drogas, ocorrem prisões em flagrante após busca e apreensão de ofício por agentes policiais militares – notadamente em crimes permanentes, baseados em denúncia anônima. Curiosamente, nesses casos a justa causa do flagrante e a da busca e apreensão formam um paradoxo insolúvel, pois uma se torna pressuposto de validade da outra.

Somente para melhor esclarecer qual o recorte que fazemos, não se estará aqui questionando a busca e a apreensão decorrentes de flagrante em crime permanente pura e simplesmente, mas somente quando em contexto de exclusiva denúncia anônima. Assim, no caso em que a denúncia anônima foi corroborada previamente por elementos válidos de convicção de modo a gerar a justa causa, é cabível o ingresso no lar e a busca e apreensão. Portanto, possui justa causa a caracterizar o flagrante e autorizar a violação do lar e a eventual busca se, embora tendo a informação inicial sido anônima, ocorrer a percepção direta dos policiais – por visualização ou audição extramuros – da ocorrência de crime naquele instante, como no RHC 86082, que será visto mais à frente. Cabe advertir, porém, que embora se dispense a posse de um mandado judicial de busca a apreensão, deve-se aplicar o determinado no art. 245 do CPP, em especial o seu § 7.º – que determina a lavratura de auto circunstanciado assinado por duas testemunhas presenciais. Por se tratar de exceção a um direito fundamental e pelo seu caráter precário, não se pode exigir menos do que se exige de uma busca com autorização judicial. E não custa lembrar que as referidas testemunhas precisam ser terceiros estranhos à ação policial.

Além da questão acima abordada da indispensabilidade da lavratura de auto circunstanciado assinado por duas testemunhas, outras questões sobre as quais queremos aqui refletir são as seguintes: (a) é constitucional o ingresso em domicí-

2. SANTOS JR., Rosivaldo Toscano dos. Inviolabilidade da casa, denúncia anônima e flagrante. 2013. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=qzAwNx9D6Qo]. Acesso em: 18.09.2015.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. A "guerra contra o crime" e os crimes da guerra: flagrante e busca e apreensão nas periferias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 287-309. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

lio com base somente em denúncia anônima? (b) não sendo, possui a Polícia Militar atribuição para investigar a prática de infrações penais sem que haja justa causa? (c) caso a materialidade (droga, armas etc.) seja constatada, isso legalizaria o flagrante? (d) fazendo um juízo de alteridade, tal abordagem, da forma como aconteceu, dar-se-ia do mesmo jeito se fosse em um condomínio de luxo da cidade em vez de uma casa na periferia? (e) caso não se confirmasse o flagrante, ficariam os policiais tentados a "achar" de qualquer maneira a droga, ou outro bem ilícito que justificasse o flagrante?

Infelizmente, a prática, na Justiça brasileira, tem sido de dar pouca atenção em divisar os casos em que é legal ou não o ingresso no lar e a busca lá realizada.[3] Há um hiato epistêmico e um silêncio constrangedor e legitimador na *práxis* forense criminal quando se trata, principalmente, de casos em que a situação de flagrância não tinha justa causa, isto é, antes da violação do domicílio não havia suporte mínimo da materialidade e da autoria, senão, mera suposição. Isto é, um flagrante baseado no imaginário. E como Lacan alertava, o imaginário desliza. Mas o utilitarismo impera. Há uma permissividade utilitarista que contamina e reforça abusos em áreas nas quais é comum a prática do Sistema de Justiça Criminal não respeitar o Estado de Direito. É difícil negar que nessas áreas o que se vê é a prática de um estado de exceção[4] – por meio de uma política totalitária no qual tudo se pode contra os que já estão excluídos, os sem-voz.

Nesse momento, urge identificar qual tipo de processo penal deve ser praticado e, enquanto Poder encarregado da guarda da Constituição, quais direitos deve o Judiciário garantir.

3. SOBRE A JUSTA CAUSA

Em 2008, a justa causa passou a ser requisito legal da denúncia, inserida na redação do art. 395, III, do CPP, sem a qual deve ser rejeitada, mas já era construção doutrinária e jurisprudencial. Acerca da justa causa na ação penal, diz Afrânio Silva Jardim: "É suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado".[5] Tourinho Filho é enfático:

3. Observe-se que o regramento da busca e apreensão exige que ao final da diligência deve ser lavrado auto circunstanciado, assinado por duas testemunhas presenciais (CPP, art. 245, § 7.º). Nos casos de busca e apreensão domiciliar em caso de flagrante, o senso comum teórico tem desprezado essa exigência.

4. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

5. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 95.

"É preciso haja elementos de convicção, suporte probatório a acusação, a fim de que o pedido cristalizado na peça acusatória possa ser digno de apreciação, pois a jurisdição não é função que possa ser movimentada sem que haja motivo. (...) É preciso que no limiar do processo a ser instaurado se mostre ao Juiz a seriedade do pedido, exibindo-lhe os elementos em que se esteia a acusação".[6]

Não difere do entendimento esboçado por Eugênio Pacelli, para quem a justa causa é "lastro mínimo de prova, a demonstrar a viabilidade da pretensão deduzida".[7] Renato Brasileiro entende também a justa causa como sendo "o suporte probatório mínimo que deve lastrear toda e qualquer acusação penal".[8] E segundo Aury Lopes Jr., a justa causa não se aplica somente à propositura da ação penal,

"(...) o conceito de justa causa acaba por constituir numa condição de garantia contra o uso abusivo do direito de acusar. A justa causa não está apenas para condicionar a ação penal, mas também deve ser considerada quando do decreto de uma prisão cautelar e mesmo sentença penal condenatória no caso concreto".[9]

Dentro dessa compreensão, e levando em consideração ainda que a busca e apreensão em situação de flagrância constitui exceção à inviolabilidade do lar, há que se ter ainda maior cautela quanto à aferição da existência prévia do suporte material mínimo que afira a situação de flagrância. Assim, a justa causa do flagrante é um elemento essencial na compatibilização da violação do domicílio e da busca e apreensão sem mandado judicial com a Constituição Federal. Sem ela, são nulos não só o posterior ingresso no lar, mas também a busca e a eventual apreensão. Mas há discursos em voga que ignoram tal implicação e visam legitimar situações como a do *case* ora tratado. Possuem suporte normativo? É o que será visto a seguir.

4. O DISCURSO DA VIOLÊNCIA E A VIOLÊNCIA DO DISCURSO

As violações de domicílio nos pretensos flagrantes oriundos de denúncia anônima, aliás, dos quais são alvo os sem-voz ou, no dizer de Marcelo Neves,[10] os subintegrados, encontram-se em um contexto mais amplo: o dos discursos da "violência" e da "guerra contra o crime" – que justificam o estado de exceção e o pretexto

6. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1, p. 604.
7. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 117.
8. LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013. p. 172.
9. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 398.
10. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 248.

da guerra civil, com o intuito deliberado de provocá-la e legitimá-la. Suas vítimas – moradores das áreas carentes – também podem ser compreendidas numa categoria de *lúmpens* ou *homo sacer* – nas palavras de Giorgio Agamben, para quem

"Homem sacro é, portanto, aquele que o povo julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio; na verdade, na primeira lei tribunícia se adverte que 'se alguém matar aquele que por plebiscito é sacro, não será considerado homicida'. Disso advém que um homem malvado ou impuro costuma ser chamado sacro".[11]

Faremos uma reflexão sobre os discursos da "violência" e da "guerra contra o crime", começando pelo da violência.

O próprio conceito de violência – base para a persecução criminal e para a atuação de instituições tão importantes quanto a Polícia e o Ministério Público – é problemático e banalizado. Usualmente, concebemos a violência apenas como uma quebra do padrão "normal" de ordem ou de tranquilidade. Como uma conduta que viola ou ameaça a vida ou o patrimônio de alguém por meio de uma ameaça ou uma agressão física.

4.1 Violências subjetiva e objetiva

Essa qualidade de "anormalidade" da violência a torna tão facilmente perceptível. A ela se dá o nome de violência subjetiva, em contraposição à violência objetiva, cuja existência não é em geral percebida, porém nem por isso deixa de condicionar a prática de atos que chamamos comumente de violência. Esta violência objetiva divide-se, segundo Slavoj Žižek, nas violências simbólica e sistêmica, que não podem ser compreendidas sob o mesmo ponto de vista da violência subjetiva, uma vez que não são percebidas como anormalidade, mas sim como algo corriqueiro, naturalizado no cerne das relações sociais. São encobridoras, passando ao largo da percepção dos que as sofrem e, muitas vezes, também dos que as exercem. Diz Žižek:

"La cuestión está en que las violencias subjetiva y objetiva no pueden percibirse desde el mismo punto de vista, pues la violencia subjetiva se experimenta como tal en contraste con un fondo de nivel cero de violencia. Se ve como una perturbación del estado de cosas 'normal' y pacífico. Sin embargo, la violencia objetiva es precisamente la violencia inherente a este estado de cosas 'normal'. La violencia objetiva es invisible puesto que sostiene la normalidad de nivel cero contra lo que percibimos como subjetivamente violento".[12]

11. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*... cit., p. 196.

12. ŽIŽEK, Slavoj. *Sobre la violencia: seis reflexiones marginales*. Buenos Aires: Paidós, 2010. p. 10.

A violência simbólica, termo elaborado por Pierre Bourdieu, caracteriza-se pela fabricação, por meio do discurso, de falsas crenças que induzem o indivíduo a acreditar, a consentir e a se comportar de acordo com os padrões desejados pelo *Establishment*.[13] Para ele, tal tipo de violência se realiza enquanto produção simbólica e instrumento de dominação,

"(...) enquanto instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de conhecimento que os 'sistemas simbólicos' cumprem a sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre outra (violência simbólica) dando o reforço da sua própria força às relações de força que as fundamentam e contribuindo assim, segundo a expressão de Weber para a 'domesticação dos dominados'".[14]

Essa violência é instrumental e estratégica, pois tem o fim de anestesiar e domesticar os que a ela são submetidos.

Cabe asseverar que há uma distinção no significado da expressão "violência simbólica" entre seu criador, Pierre Bourdieu, e Slavoj Žižek. A violência sistêmica, para Žižek, é exercida no discurso. A violência sistêmica se dá nas consequências catastróficas do funcionamento homogêneo de nosso sistema econômico e político capitalista, ainda mais grave em tempos de supremacia neoliberal, com a produção e reprodução de miséria, desigualdade, exclusão e marginalização. Assim, torna-se uma violência normal, naturalizada e invisível, mas que é a causa fundamental do sofrimento de milhões de brasileiros. Em Bourdieu, o significado de violência simbólica abarcaria os dois conceitos dados por Žižek. Isto, tanto enquanto discurso e prática quanto em materialização normalizada no seio social.

Imersos nessa violência que atua como ideologia, até mesmo os submetidos a ela começam a crer que se trata de fatos naturais ou inevitáveis, etapas de um processo civilizatório evolutivo ou constitutivo do mundo. E assim: (a) as abissais desigualdades econômicas e sociais seriam "naturais"; (b) o mercado daria iguais oportunidades a todos, e aqueles que se encontram em situação de penúria assim estariam por culpa própria, inaptidão ou preguiça; (c) as críticas a esse estado de coisas seriam "radicalismo" e utopia que atrapalham a ordem e paz; (d) os movimentos sociais que denunciam e expõem a violência simbólica e sistêmica seriam criminosos e liderados por pessoas que promovem o "caos", a "baderna" e a "desor-

13. No sentido da elite que controla social e economicamente toda a sociedade, por meio das instituições públicas (p. ex.: forças policiais) ou privadas (p. ex.: meios de comunicação social).

14. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 6. ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 11.

dem"; (e) a criminalidade é fruto da degeneração moral do indivíduo, em nada contribuindo o contexto em que o indivíduo está inserido; (f) os fins justificam os meios, pois na guerra ao crime e ao inimigo – o bandido –, a defesa social dos homens de bem precisa dar uma resposta em igual ou maior medida. Essa "normalidade" produzida/mantida pela violência simbólica é violência sistêmica, no dizer de Žižek.

Assim, buscando socorro em Heidegger[15] e, principalmente, Paul Ricoeur,[16] dois conceitos terminam sendo relevantes e inevitáveis nessa relação homem-mundo em que estamos mergulhados: a ipseidade e a alteridade, entendendo: (a) ipseidade – um voltar-se para si mesmo (do latim *ipse*, a, um, "mesmo"), um fechamento e uma diferenciação entre o ser e o exterior; (b) alteridade – um olhar para o outro, uma mirada para compreender sob a ótica de quem nos é externo (do latim *alter*, "outro"), mas ambos mergulhados no mundo.[17]

A relação entre ipseidade e alteridade é sempre tensa e o ponto de equilíbrio reside na consideração de que não existe o "diferente" de nós, mas o "distinto". O distinto nem é mais e nem menos importante, nem tem mais nem menos valor. Trata-se de uma relação de coexistência e não de dominação e em que o distinto de nós tem dignidade. Dignidade não tem medida porque é uma característica ontológica, imanente ao ser. Vale aqui a reflexão de Henrique Dussel, para quem "La vida, como la libertad (aunque le pese a Agnes Heller), no tienen valor, porque son el fundamento de los valores; tienen dignidad (que es mucho más que el mero valor)".[18]

Na violência, há o rompimento da tensão entre *ipse* e *alter*. Polariza-se. Assim, é violenta a situação de desconsideração do outro (ser somente para si; ser contra o outro – imposição), como também o é a desconsideração de si próprio (ser somente para o outro; ser contra si mesmo – submissão). Esmaga-se a distinção nas duas situações. Ou o outro para si; ou o si mesmo para o outro. Essa desconsideração coisifica, pois desumaniza o ser submetido à violência.

Em relação à sua exteriorização, a violência é, ontologicamente, portanto, todo ato que atenta contra a dignidade do ser humano. Assim, ao contrário do apregoado no senso comum, a violência pode se exprimir não somente por meio de ações físicas agressivas nem precisa partir de particulares. O próprio Estado, por meio

15. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 8. ed. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1999.

16. RICOEUR, Paul. *Si mismo como otro*. 3. ed. Madri: Siglo XXI, 2006. p. 352.

17. HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 170.

18. DUSSEL, Enrique. *Política de la liberación. Arquitetónica*. Madrid: Trotta, 2009. vol. 2, p. 53.

dos seus agentes, é produtor de violência. Aliás, nesse ponto cabem bem as palavras de Nilo Odália:

"O ato rotineiro e contumaz da desigualdade, das diferenças entre os homens, permitindo que alguns usufruam à saciedade o que à grande maioria é negado, é uma violência. São os hábitos, os costumes, as leis, que a mascaram, que nos levam a suportá-la com uma condição inerente às relações humanas e uma condição a ser paga pelo homem, por viver em sociedade. Agimos como se a desigualdade fosse uma norma estabelecida pela Natureza da sociedade e contra a qual pouco é possível, enquanto o mundo for mundo. (...) Toda violência é institucionalizada quando admito explícita ou implicitamente, que uma relação de força é uma relação natural – como se na natureza as relações fossem de imposição e não de equilíbrio".[19]

Há dois dados que podem ser confrontados, demonstrando a correlação entre as violências subjetiva e objetiva (apenas na modalidade sistêmica, pois a simbólica, por se exercer pelo discurso, exige uma análise qualitativa e não quantitativa): são eles a desigualdade de renda, como externalização da violência objetiva, e o percentual de homicídios, como expressão mais clara da violência subjetiva contra o bem mais precioso: a vida.

Estudo da ONU, *Global Study on Homicide*, publicado recentemente,[20] concluiu que, embora as pessoas cometam homicídios dolosos por muitas razões, há um consenso, tanto entre os estudiosos quanto entre a comunidade internacional, de que a violência letal tem forte ligação com contextos de escassez e privação, iniquidades e desigualdades, marginalização social, baixos níveis de educação e um Estado de Direito que não se efetivou.

Cabe asseverar que, em nosso país, o Estado Social não passou de um simulacro, com a "naturalização" das desigualdades sociais, agora por meio do discurso neoliberal (violência simbólica) que domina nosso cenário atual. Não por outro motivo, o Brasil é o 23.º nesse índice de violência subjetiva,[21] com uma média de 22,7 homicídios por 100 mil habitantes. E no de violência objetiva, também o 16.º mais desigual do mundo.[22] No Índice Global da Paz,[23] criado para analisar em nível

19. ODÁLIA, Nilo. *O que é violência*. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 30 e 35.

20. UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crime. *Global study on homicide 2011*. Viena: United Nations Office on Drugs and Crime, 2011.

21. Idem, p. 92-96.

22. UNITED STATES OF AMERICA. Central Inteligence Agency (CIA). *The World Factbook: distribution of family income – gini index*. Disponível em: [www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2172rank.html]. Acesso em: 18.09.2015.

23. THE INSTITUTE FOR ECONOMICS AND PEACE. *Global peace index*. Sydney: Institute for Economics and Peace, 2012.

global os esforços pela paz,[24] tanto de caráter interno como externo, ficamos no nada honroso 83.º lugar, em um universo de 158 países. Assim, podemos concluir que o Brasil é um país extremamente violento, subjetiva e objetivamente. Assim, o discurso da violência subjetiva como justificador de intervenções brutais nas periferias é, em si mesmo, uma violência objetiva.

5. A "GUERRA CONTRA O CRIME" E OS CRIMES DA GUERRA

Naturalizada a violência objetiva de modo a desvinculá-la da violência subjetiva, o senso comum teórico[25] torna-se porta-voz do discurso de "guerra contra o crime" e de "guerra civil", que contêm forte apelo retórico e, por conseguinte, emocional. E essa ideia de "guerra" é atrelada à militarização do policiamento ostensivo – que funciona taticamente sob um conceito de ações de combate. Isso remete a uma pretensa inevitabilidade de mortos (inclusive de inocentes), desabrigados e de sofrimento físico e mental de toda ordem, a ponto de, em visita realizada ao Brasil em 2012, a ONU ter recomendado a capacitação das forças policiais em temas de direitos humanos, bem como que se desmilitarizasse a Polícia Militar como uma das providências para a redução das execuções extrajudiciais e da brutalidade policial.[26]

O discurso de "guerra contra o crime" se baseia na suposição de que haveria uma guerra civil em andamento, remetendo a uma ideia de completa falta de controle por iniciativas ordinárias, o que justificaria a adoção de medidas extremas. Não. Não há uma guerra civil, senão artificialmente – enquanto discurso de justificação de práticas não resguardadas no Estado de Direito. Como salientam Nasi, Lair e Ramírez, se faz necessário, numa guerra civil, o respaldo massivo e voluntário da população. "Se habla de 'guerra civil' cuando estas poblaciones se identifican con las facciones armadas y contribuyen masivamente al desarrollo de los combates y al esfuerzo de guerra o sólo a éste (apoyo logístico, económico, moral etc.)."[27]

24. O referido indicador foi criado pela *The Economist*, em parceria com a Universidade de Sydney, Austrália; Universidade de Londres, Reino Unido; e com a Universidade de Uppsala e o Instituto Internacional de Pesquisas pela Paz de Estocolmo, ambos na Suécia.

25. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1994. p. 13.

26. UNITED NATIONS. *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Brazil*. New York, 2012. Disponível em: [http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/151/15/PDF/G1215115.pdf?OpenElement]. Acesso em: 18.09.2015.

27. NASI, Carlo; RAMIREZ, William; LAIR, Eric. Guerra civil. *Revista de Estudios Sociales*. ano 6. vol. 14. p. 120. fev. 2003.

Se em uma guerra civil há um levante com apoio popular contra o *Establishment*, nas periferias do Brasil o que ocorre é o anseio por políticas públicas típicas do Estado Providência. Porém, o que as periferias recebem como resposta é o Estado Polícia que, na verdade, assume técnicas de estado de exceção. A postura é totalitária e de opressão. O Estado não sobe o morro com escolas, mas com escopetas; com saúde, mas com ataúdes. Salientam Bicalho, Kastrup e Reishoffer, acerca das incursões policiais nas periferias: "Observa-se uma ação militar extremamente repressiva baseada na lógica no 'inimigo interno', tomando a guerra como produto da violência urbana, adotando a estratégia da eliminação dos inimigos".[28]

Claro, a perpetuação dessas práticas só existe porque há seu chancelamento, expresso ou tácito, por parte dos agentes estatais dos três Poderes e das três esferas da Federação, acorrentados que estão ao senso comum teórico – que banaliza e embrutece. A violência policial letal é frequente e vira uma profecia macabra, pois se repete pelo reforço da impunidade de seus executores e, porque não dizer, pela conivência daqueles a quem, em tese, compete a guarda da Constituição e dos Direitos Fundamentais. Esses mortos viram estatística, quando muito. Viram "autos de resistência" ou "resistência seguida de morte", ou deixam simplesmente de ser investigados.[29] Viram... o nada. Caem no vazio desse buraco negro de opressão e desrespeito à vida humana nos guetos onde a pobreza grita e a elite não põe nem seus ouvidos lá.

E como bem esclarece Giorgio Agamben,

"Nesse sentido, o totalitarismo moderno pode ser definido como o estabelecimento, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal na qual se permite a eliminação física não somente dos adversários políticos, mas de categorias inteiras de cidadãos que, por alguma razão, não podem ser integrados ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (mesmo que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos"[30] (Tradução nossa).

28. BICALHO, P. P. G.; KASTRUP, V.; REISHOFFER, J. C. Psicologia e segurança pública: invenção de outras máquinas de guerra. In *Psicologia & Sociedade*. vol. 24. ano 1. p. 60. 2012.

29. As instâncias investigativas funcionam de modo a reforçar o discurso de guerra. A morte do *outro* não tem valor. Veja-se entre o 10min30s e 12min40s do seguinte vídeo: CESAR Menezes e Dennys Leutz falam sobre série que criaram para o Jornal da Globo. *Programa do Jô*. São Paulo: Globo, 5 maio 2014. Programa de TV. (33min45s). Disponível em: [http://globotv.globo.com/rede-globo/programa-do-jo/v/cesar-menezes-e-dennys-leutz-falam-sobre-serie-que-criaram-para-o-jornal-da-globo/3326479/]. Acesso em: 18.09.2015.

30. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*... cit., p. 2.

5.1 Os crimes da "guerra" nas zonas de exclusão forçada

Assim, temos áreas geográficas em que o Estado Democrático de Direito não chega. Só o Estado Polícia que oprime e, não raras vezes, mata. As favelas são zonas de exclusão, como eram os guetos durante o nazi-fascismo. Exclusão do Estado providência e exclusão de direitos.

Quem mora e vive nas periferias é comumente tratado como se não possuísse igual dignidade.[31] Quando abordado pelos órgãos de repressão, o morador das periferias é suspeito até que se prove o contrário. Ramos e Musumeci[32] destacam a fragilidade do discurso sobre a suspeita e a tendência a um comportamento discriminatório e racista por parte das polícias.

O discurso de inferiorização é patente e naturalizado pelos agentes repressores. Mais do que somente um discurso, é prática. Uma prática que reforça esse rebaixamento a um subnível de dignidade ou de dignidade nenhuma dos *outsiders*. São os marginais. Quase sempre à margem dos direitos previstos na lei, frequentemente submetidos aos rigores da lei e não raro aos abusos sem lei.

E assim, abrem-se as portas para tratamentos desumanos que vão desde buscas pessoais ("baculejos") individuais ou coletivas, sem fundamento qualquer anterior a não ser pelo fato de estar-viver ali, até abusos físicos, tortura ou morte. Há histórico dos até insólitos "mandados de busca coletivos", a despeito da exigência legal do art. 243 do CPP de individualização da casa onde se cumprirá a busca e seus proprietários ou moradores. O uso da palavra "coletivo" é uma artimanha retórica. Na verdade, trata-se de mandado de busca e apreensão em abstrato, apenas limitado por uma área geográfica de incidência. Nessa dimensão, o que impede também a expedição de "mandados de prisão coletivos"?

Isso sem falar de ações incursivas que mais lembram cenas (abusivas) da guerra do Golfo ou do Vietnã, posteriormente arquivadas pelo Judiciário a pedido do Órgão constitucionalmente encarregado da defesa da ordem jurídica. O episódio da execução do traficante Matemático demonstrou, de maneira estarrecedora, como são tratados o "inimigo" e as populações das favelas.[33]

---

31. RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. *Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

32. Idem, p. 54.

33. Imagens mostram perseguição e caçada ao traficante Matemático. *Portal de Notícias da Globo. Fantástico*. Rio de Janeiro: Rede Globo, 5 maio 2013. Disponível em: [http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/05/imagens-mostram-perseguicao-e-cacada-ao-traficante-matematico.html]. Acesso em: 18.09.2015.

Isso tudo é atravessado pela ideia de crime como sendo basicamente só o patrimonial ou o tráfico de drogas, tudo em um contexto de periferia. Visa a legitimar uma dimensão no qual não portar uma carteira de trabalho assinada pode ser o divisor de águas entre ir para casa ou para a delegacia, ser "averiguado".

Nas áreas de exceção – embora não reconhecidas oficialmente como tais pelos órgãos e agentes estatais, mas o mais importante, como tais tratadas –, mesmo fora das operações de "guerra ao crime" não existe a inviolabilidade do lar e, em razão disso, invasões domiciliares sem mandados judiciais pela polícia são posteriormente chanceladas pelo Ministério Público e pelo Judiciário, a despeito da não ocorrência da situação que as justificassem, em circunstâncias jamais aceitas se ocorrentes em um bairro nobre da mesma cidade. A brutalidade nas abordagens torna-se banal. E o pior: (i)legalizada.

Nas áreas de exceção, primeiro, suspeita-se. Depois, invade-se o lar e, por fim, encontra-se o que se procurava. E a tentação de se encontrar algo é absoluta, afinal, não encontrar nada ensejaria, no mínimo, abuso de autoridade. Os relatos de flagrantes plantados são costumeiros. O Judiciário, em vez de anular o ato por violar um domicílio ao alvedrio da Constituição, via de regra adota um novo "Juízo de Deus": se achou a materialidade do crime, é porque havia o flagrante. Então, claro, sempre haverá materialidade.

Da mesma forma, toda lesão corporal ou marca de tortura pode ser normalizada, transformada em crime de resistência, de desobediência ou de desacato (ou os três juntos). Contra o sem-voz, o habitante das áreas de exceção, tudo é justificado. E a cada morte, sempre haverá um "auto de resistência" para legitimá-la. Aliás, o Brasil é o campeão mundial de mortes pela polícia por resistência à prisão. Há quase uma década morrem todos os anos somente no Rio de Janeiro um contingente superior a mil civis em suposta situação de resistência.[34] As execuções sumárias cometidas diuturnamente, semana a semana, mês a mês e ano após ano são a prova mais clara de que o princípio da igualdade é uma falácia nas zonas de exclusão do estado de exceção; afinal, do outro lado estão os *outsiders*, os hostis.

Lamentavelmente, esse tipo de tratamento não é novidade na história humana. Só mudava o contexto: o judeu. Ingo Müller, em uma obra intitulada *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*,[35] demonstra como funcionou esse discurso

34. MISSE, Michel. *"Autos de resistência": uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011)*. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2011.

35. MÜLLER, Ingo. *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*. Trad. para o inglês de Deborah Lucas Schneider, Cambridge: Harvard University Press, 1991.

penal do inimigo que envolveu até mesmo o Judiciário alemão. A máxima era a de que "aquilo que o exército faz em nossas fronteiras nossas decisões devem fazer dentro delas".[36] E mesmo sob a Constituição de Weimar, os atores jurídicos alinhados se mostraram uma força subversiva considerável, adaptando e distorcendo as leis, de modo a interpretá-las com máximo rigor contra os opositores – além dos judeus, os ciganos, os homossexuais, os negros, os comunistas e os sociais-democratas –, deixando impunes os partidários do sistema, até mesmo os nazistas mais perigosos.

O fundamento subjacente da época lá na Alemanha – que era a manipulação do medo do *Feind* (inimigo), em que o principal era o judeu, continua o mesmo, aqui e agora, contra as parcelas mais sofridas da população, os bandidos em potencial, pois como alerta Zaffaroni, "sem uma base de medo correspondente a um preconceito, é impossível construir um inimigo".[37]

Com o rebaixamento da dignidade dos sem-voz a um subnível, e como se tratam de inimigos que *a priori* não são reconhecíveis ou identificáveis fisicamente, termina por ocorrer a restrição ou limitação de garantias a todos os habitantes das áreas de exceção, indistintamente.[38] Diríamos mais. Em um Estado com tamanhas desigualdades como o Brasil, o critério econômico faz a distinção. Embora mais tênue que o étnico, sinais pessoais exteriores de riqueza, locais em que residem ou frequentam ou até mesmo os meios de locomoção[39] diferenciam o amigo do inimigo.

Aos sem-voz, aos habitantes das áreas de exceção, pouco direito é muito. Afinal, para uma boa parcela das camadas superiores da sociedade, eles só são entendidos enquanto indivíduos quando estão por perto, nas portarias dos edifícios, nas faxinas, nas cozinhas e nos serviços gerais. E mesmo assim, visíveis só instrumentalmente, como homens e mulheres-máquina.

São eles que devem limpar a sujeira material da ostentação, do desperdício e do excesso, e expiar a sujeira moral de uma sociedade cindida e profundamente desigual – cujo legado da escravidão – do reconhecimento de outro como um ser intrinsecamente inferior(izado) – se mostra tão presente. O fascismo reina na favela, mas o fascista não mora lá. Mora ao lado.

---

36. "What the army is a tour borders, our decisions must be within them!" MÜLLER, Ingo. Op. cit., p. 9.

37. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 34, nota 23.

38. Idem, p. 118.

39. Estar no interior de um automóvel Mercedes ou de um ônibus coletivo Mercedes faz toda a diferença.

6. CUMPRIR A LEI OU VIOLÁ-LA? A DENÚNCIA ANÔNIMA E O FLAGRANTE

Um Judiciário Democrático não pode aceitar e nem permitir que agentes das forças policiais, sob a alegação de investigarem a ocorrência de crimes, a pretexto de cumprir a lei, violem-na. Desde há muito se sabe – lá se vão quase 30 anos da promulgação de nossa Constituição – que não se pode entrar na casa de ninguém, seja pobre ou rico – sem mandado judicial, salvo na hipótese de flagrante. Nem se diga que depois da entrada se confirmou a suspeita do flagrante porque quando isso se deu já havia contaminação pela entrada inconstitucional no domicílio. A justa causa do flagrante precisa ser verificável antes da violação do domicílio e da consequência busca e apreensão. E a denúncia anônima sequer pode ser meio hábil para instauração de inquérito policial, que dizer da violação de um domicílio.

Em relação à denúncia anônima, disse o STF em decisão proferida em 2015:

"(...) A jurisprudência do STF é unânime em repudiar a notícia-crime veiculada por meio de denúncia anônima, considerando que ela não é meio hábil para sustentar, por si só, a instauração de inquérito policial. No entanto, a informação apócrifa não inibe e nem prejudica a prévia coleta de elementos de informação dos fatos delituosos (STF, Inquérito 1.957/PR) com vistas a apurar a veracidade dos dados nela contidos".[40]

Se a denúncia anônima não autoriza sequer a instauração de inquérito policial, que dizer da violação de domicílio e da busca e apreensão em um lar. Aproveitamos para trazer à questão outro julgado do STF e fazer o *distinguishing* de um caso em que ocorreu denúncia anônima que culminou numa busca e apreensão, uma vez que se tornou costume por estas bandas tirar conclusões sobre um julgado com base somente na ementa. Um julgado não se conhece só pela ementa como não se pode ler um livro pela orelha. No RHC 86082, a ementa leva a crer que a denúncia anônima de crime permanente pura e simplesmente permite a violação e domicílio. Mas no caso concreto os policiais receberam a informação anônima de que um avião carregado com drogas havia se acidentado em uma fazenda. Foi apenas o passo inicial de uma diligência em que, no caminho, os policiais civis se depararam com uma caminhoneta em fuga e que deixou cair parte da fuselagem do avião. Somente após isso passou a existir justa causa. E, assim, puderam entrar na fazenda e fizeram a apreensão da droga.[41]

40. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 107362. Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 10.02.2015, *DJe*-039, divulg. 27.02.2015, public. 02.03.2015.

41. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 86082. Relatora: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 05.08.2008, *DJe*-157 divulg. 21.08.2008, public. 22.08.2008.

Diverso não é o entendimento de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, para quem:

"(...) *só é possível o ingresso em domicílio alheio nas circunstâncias seguintes: à noite ou de dia, sem mandado judicial, em caso de flagrante próprio (CPP, art. 302, I e II), desastre ou prestação de socorro; e durante o dia, com mandado judicial, em todas as outras hipóteses de flagrante (CPP, art. 302, III e IV). Reconheço que a falta de estrutura do sistema investigatório brasileiro, tornando inviável o contato próximo e a tempo com a autoridade judiciária, possa fazer com que o entendimento exposto se transforme em mais um entrave burocrático à persecução penal. Não é essa a intenção, mas não se pode aceitar que a doutrina fique à mercê da boa* vontade dos governantes para dotarem a polícia dos recursos técnicos e humanos necessários para o desempenho da função".[42]

Ganha mais relevo ainda, além da abusividade da violação de domicílio decorrente de denúncia anônima pela polícia, o completo desconhecimento (ou desrespeito mesmo) do devido processo legal, a desconsideração da existência do Poder Judiciário e da necessidade de obtenção de um mandado de busca e apreensão. "Pra quê Judiciário se nós mesmos podemos nos investir de (usurpar) tal função? Basta apresentarmos qualquer materialidade que justifique". Assim, não raro o Ministério Público e o Judiciário chancelam o estado de exceção. E na medida que assim agem, deslegitimam-se, diminuem-se. Ana Maria Campos Tôrres sustenta:

"Ora, sabendo que alguém tem em depósito drogas, vende droga, ou outras situações de permanência é que pode, conforme a Constituição, penetrar em domicílio sem o consentimento do morador. Sabe, logo tem indícios que permitam solicitar ao juiz o mandado, imprescindível contra o abuso. Não basta a mera desconfiança, pois corre o risco de responder por descumprimento da lei, logo, impossível considerar válida a apreensão nesses casos, sem ordem judicial. Seria, como o é de fato, fazer vista grossa aos abusos policiais (...) Como entender urgente o que se protrai no tempo? É possível, graças à presença diuturna do Judiciário guardião da lei, requerer e ser atendido em pouco tempo, o direito constitucionalmente previsto de entrar em domicílio. A facilidade do arguir-se urgência é forma espúria de desconhecer direitos, é subterfúgio para o exercício de força, é descumprimento do dever de acatar as diretrizes políticas assumidas pelo Estado. Impossível legalizar o ilícito. (...) No caso do flagrante em crime permanente, vê-se com muita frequência não só o descumprimento da lei, mais que isto, um caminho perigoso a permitir que retornem as más autoridades o modelo inquisitorial".[43]

---

42. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição – Princípios constitucionais do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 92.

43. TÔRRES, Ana Maria Campos. *A busca e apreensão e o devido processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 153-154.

Leciona também Geraldo Prado:

"O ingresso não pode decorrer de um estado de ânimo do agente estatal no exercício do poder de polícia. Ao revés, é necessário que fique demonstrada a fundada – e não simplesmente íntima – suspeita de que um crime esteja sendo praticado no interior da casa em que se pretende ingressar e que o ingresso tenha justamente o propósito de evitar que esse crime se consume. Se assim não fosse, seria permitido ingressar nas casas alheias, de forma aleatória, até encontrar substrato fático, consistente em flagrante delito, capaz de ensejar a formal instauração de procedimento investigatório criminal. Mais que isso, seria incentivar que a autoridade policial assim fizesse e, com a intenção de se livrar de uma eventual imputação de abuso de autoridade, 'encontrasse' à força o estado de flagrância no domicílio indevidamente violado".[44]

Em nossa jurisprudência, o STF, no RHC 90376, enfrentou um caso em que houve a violação de um quarto de hotel sem mandado judicial, oportunidade em que afirmou que:

"(...) Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5.º, *XI*), *nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (invito domino)*, ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária".[45]

E foi além, determinando os efeitos de tal violação:

"(...) A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5.º, *LVI*), *desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1.º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de* atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. (...) A exclusão

44. PRADO, Geraldo. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233.

45. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 90376. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado 03.04.2007, *DJe*-018, public. 18.05.2007.

da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law* e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal".[46]

Em decisão paradigmática, entendeu o Ministro do STJ, César Asfor Rocha, o seguinte:

"Cumpre observar que o sistema jurídico do País e o seu ordenamento positivo não aceitam que o escrito anônimo possa, em linha de princípio e por si, isoladamente considerado, justificar a imediata instauração da *persecutio criminis*, porquanto a Constituição proscreve o anonimato (art. 5.º, IV), daí resultando o inegável desvalor jurídico de qualquer ato oficial de qualquer agente estatal que repouse o seu fundamento sobre comunicação anônima, como o reconheceu o Pleno do STF no julgamento do Inq 1957, rel. Min. Cézar Peluso (*DJU* de 11.11.2005), ainda que se admita que possa servir para instauração de averiguações preliminares, na forma do art. 5.º, § 3.º, do CPP, ao fim das quais se confirmará – ou não – a notícia dada por pessoa de identidade ignorada ou mediante escrito apócrifo. Nesta Corte Superior a orientação dos julgamentos segue esse mesmo roteiro, destacando dentre muitos e por todos o que decidido no HC 74.581 (rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJU* 10.03.2008) e no HC 64.096 (rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJU* 04.08.2008)".[47]

E como acentua Alexandre Morais da Rosa:

"Não basta, por exemplo, que o agente estatal afirme ter recebido uma ligação anônima, sem que indique quem fez a denúncia, nem mesmo o número de telefone, dizendo que havia chegado droga, na casa 'X', bem como que 'acharam' que havia droga porque era um traficante conhecido, muito menos que pelo comportamento do agente 'parecia' que havia droga. É preciso que haja evidências *ex ante*. Assim é que a atuação policial será abusiva e inconstitucional por violação de domicílio do agente quando movida pelo imaginário (...). Nem se diga que depois se verificou o flagrante porque quando ele se deu já havia contaminação pela entrada inconstitucional no domicílio".[48]

---

46. Idem.

47. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Liminar no HC 159159. Min. César Asfor Rocha. Presidência (recesso forense). Julgado em 14.01.2010. Disponível em: [http://ns2.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=682&tmp.texto=95568&acs.tamanho=]. Acesso em: 18.09.2015.

48. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 124.

E arremata o mesmo autor:

"(...) não se pode tolerar violações de Direitos Fundamentais em nome do resultado, pois pelo mesmo argumento seria legítima a 'tortura', a qual, no fundo não é tão diferente da ação iniciada exclusivamente por 'denúncia anônima', à margem da legalidade e com franca violação dos Direitos Fundamentais. Claro que o argumento seguinte é: mas o proprietário autorizou a entrada! Será que alguém acredita mesmo que o conduzido autorizou?".[49]

Assim, é paradoxal e contraditória a conduta do chamado "agente da lei" que, a pretexto de cumpri-la, viola-a! A despeito do que diz a Constituição e a legislação processual penal, arvora-se na posição julgador, executando, *sponte propria*, atos que somente com autorização judicial poderiam ser concebidos e executados ante a chamada reserva de jurisdição, princípio constitucional, pelo qual se expressa que é reservado ao Poder Judiciário a primeira e última palavra sobre determinados assuntos, como a quebra de sigilo bancário, fiscal ou profissional, ou a expedição de busca e apreensão e a prisão fora das situações de flagrância. Além da questão da usurpação de uma função reservada ao Judiciário, cabe asseverar que não existe justa causa *a posteriori*. No âmbito de um processo penal democrático nenhuma causa é justa sem justa causa. A sua falta, antes do ingresso do lar, contamina a prova obtida de modo a torná-la ilícita por derivação.[50]

Por fim, embora nem mesmo a polícia civil possa ingressar no lar somente com base em denúncia anônima, na hipótese de atuação da Polícia Militar há mais um agravante: na prática, termina havendo a usurpação da função de polícia judiciária por parte dos militares, pois o art. 144, § 4.º, da Constituição da República determina que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais são incumbência da polícia civil, cabendo às polícias militares a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5.º, da CR).

7. CONCLUSÃO

Compete ao Judiciário, em um Estado Democrático de Direito dar o exemplo de civilização e não de barbárie. O processo penal não é um vale-tudo. Há regras e elas lá estão para serem respeitadas, sob pena de instaurarmos a barbárie. O utilitarismo é um modo de pensar muito perigoso para Democracia e só compatível com esta até a medida que a utilidade não fira a normatividade. Para além disso, deixa de ter um caráter civilizatório e passa a barbarizar.

49. Idem, p. 125.

50. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 377-378.

Poderíamos argumentar que se tratando de crimes permanentes (como são os casos do tráfico ilícito de drogas ou a posse ilegal de arma de fogo, exemplos mais comuns), a violação de domicílio, a busca e apreensão e a prisão em flagrante restariam justificadas em razão da denúncia anônima ter se comprovado. Acontece o seguinte: o flagrante precisa ter justa causa, isto é, precisa ter suficiente suporte de convicção antes da violação do domicílio. Só isso permite excepcionar a inviolabilidade do lar. Denúncia anônima não gera justa causa e não há causa justa sem justa causa no processo penal. Não há como legitimar *a posteriori* o abuso preexistente.

O discurso da violência urbana serve como pretexto, como esteira para que a violência real seja exercida contra as parcelas mais distantes do poder – os sem-voz, os *outsiders*. Quer dizer, o discurso da guerra ao crime como resposta à violência em si já é uma violência pelas violações perpetradas em nome dessa guerra. É discurso desumanizante e fascista porque reduz o outro, o *outsider* das periferias, uma maioria no contingente humano, mas que inegavelmente é uma minoria política e econômica, a um patamar inferior ou nulo mesmo de dignidade. Assim, torna-se essencial fazer um juízo de alteridade. Como é estar "do lado de lá"?

O que precisamos, na verdade, é reafirmar os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana e respeitar as regras que subsidiam o princípio do devido processo legal. Senão, a Constituição não passará de meras folhas de papel. Por isso, preocupa-nos a banalização decorrente dos discursos utilitaristas.

Também não devemos esquecer que a inquisição seguia um roteiro de delatores sem rosto, envoltos em sombras. Há muito que a Constituição da República exige uma postura diferente dos atores jurídicos ao vedar o anonimato. E essa determinação só vai se concretizar em relação ao objeto da presente reflexão quando houver uma quebra da prática judiciária acrítica e chanceladora da violência, fruto do senso comum teórico.

Assim, retomando as questões levantadas inicialmente, podemos concluir que: (a) não é constitucionalmente aceitável o ingresso em domicílio com base em denúncia anônima ou mera suposição, por falta de justa causa, e que a permissão do proprietário necessita ser devidamente comprovada; (b) diligências investigatórias realizadas pela Polícia Militar são, no mínimo, constitucionalmente problemáticas em face da usurpação da atribuição constitucional da polícia civil; (c) a materialidade encontrada na busca não tem o condão de legalizar o anterior ingresso ilícito; (d) tal tipo de prática policial, da forma como aconteceu no *case* e costuma ocorrer no dia a dia da justiça criminal, jamais se daria do mesmo jeito se fosse em um condomínio de luxo da cidade, pois a polícia não entraria sem mandado somente com base num telefonema anônimo; (e) a permissividade de tais práticas induz a flagrantes forjados para evitar acusação de crimes contra os agentes públicos que ingressaram no lar alheio em vão; (f) tais práticas abusivas, lamentavelmente, são

cotidianas nas periferias pobres; (g) a feitura de auto circunstanciado assinado por duas testemunhas é essencial, sob pena de nulidade.

É por isso que o princípio do devido processo legal existe: para evitar abusos. Não fosse assim, daqui a pouco estaríamos nós admitindo igualmente a prática da tortura como meio de prova. Trata-se de meio eficiente a obter uma prova? Claro. Mas não convém isso em um Estado Democrático de Direito. Existe uma Constituição e ainda há juízes nesse País.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

2.ª TURMA: busca e apreensão sem mandado judicial é possível em flagrante de crime permanente, Portal do STF, aba Notícias do STF, 9 jun. 2015. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?Idconteudo=293229]. Acesso em: 18.09.2015.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. *State of exception*. Chicago: The University of Chicago Press, 2005.

BICALHO, P. P. G.; KASTRUP, V.; REISHOFFER, J. C. Psicologia e segurança pública: invenção de outras máquinas de guerra. *Psicologia & Sociedade*. vol. 24. ano 1. p. 56-65. 2012.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 6. ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Liminar no HC 159159. Min. César Asfor Rocha. Presidência (recesso forense). Julgado em 14.01.2010. Disponível em: [http://ns2.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=682&tmp.texto=95568&acs.tamanho=]. Acesso em: 18.09.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 107362. Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 10.02.2015, *DJe*-039, divulg. 27.02.2015, public. 02.03.2015.

_____._____. RHC 86082. Relatora: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 05.08.2008, *DJe*-157 divulg. 21.08.2008, public. 22.08.2008.

_____._____. RHC 90376. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado 03.04.2007, *DJe*-018, public. 18.05.2007.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição – Princípios constitucionais do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DUSSEL, Enrique. *Política de la liberación. Arquitetónica*. Madrid: Trotta, 2009. vol. 2.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 8. ed. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1999.

IMAGENS mostram perseguição e caçada ao traficante Matemático. *Portal de Notícias da Globo. Fantástico*. Rio de Janeiro: Rede Globo, 5 maio 2013. Disponível em: [http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/05/imagens-mostram-perseguicao-e-cacada-ao-traficante-matematico.html]. Acesso em: 18.09.2015.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES, César e LEUTZ, Dennys falam sobre série que criaram para o Jornal da Globo. *Programa do Jô*. São Paulo: Globo, 5 maio 2014. Programa de TV. (33min45s). Disponível em: [http://globotv.globo.com/rede-globo/programa-do-jo/v/cesar-menezes-e-dennys-leutz-falam-sobre-serie-que-criaram-para-o-jornal-da-globo/3326479/]. Acesso em: 18.09.2015.

MISSE, Michel. *"Autos de Resistência": uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011)*. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2011.

MÜLLER, Ingo. *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*. Trad. para o inglês de Deborah Lucas Schneider. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

NASI, Carlo; RAMÍREZ, William; LAIR, Eric. Guerra civil. *Revista de Estudios Sociales*. ano 6. vol. 14. p. 119-124. fev. 2003.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ODÁLIA, Nilo. *O que é violência*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Geraldo. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. *Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

RICOEUR, Paul. *Si mismo como otro*. 3. ed. Madri: Siglo XXI, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SANTOS JR., Rosivaldo Toscano dos. Inviolabilidade da casa, denúncia anônima e flagrante. 2013. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=qzAwNx9D6Qo]. Acesso em: 18.09.2015.

THE INSTITUTE FOR ECONOMICS AND PEACE. *Global peace index*. Sydney: Institute for Economics and Peace, 2012.

TÔRRES, Ana Maria Campos. *A busca e apreensão e o devido processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1.

UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crime. *Global study on homicide 2011*. Viena: United Nations Office on Drugs and Crime, 2011.

_____. *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Brazil*. New York, 2012. Disponível em: [http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/151/15/PDF/G1215115.pdf?OpenElement]. Acesso em: 18.09.2015.

UNITED STATES OF AMERICA. Central Inteligence Agency (CIA). *The World Factbook: distribution of family income – gini index*. Disponível em: [www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2172rank.html]. Acesso em: 18.09.2015.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ŽIŽEK, Slavoj. *Sobre la violencia: seis reflexiones marginales*. Buenos Aires: Paidós, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro, de Antonio Magalhães Gomes Filho, *RBCCrim* 85/393, *Doutrinas Essenciais de Processo Penal* 3/213 (DTR\2010\221); e
- Investigação criminal: o projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva, de Fernanda Regina Vilares, Guilherme Augusto Campos Bedin e Pedro Machado de Almeida Castro – *RBCCrim* 107/309 (DTR\2014\1556).

Encarceramento como política social de combate às drogas: um estudo sobre *second codes* no julgamento dos adolescentes em conflito com a lei no Brasil

Incarceration as a social policy to combat drugs: a study on codes in second trial of adolescents in conflict with the law in Brazil

Érica Babini Lapa do Amaral Machado

Mestre e Doutora em Ciências Criminais na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia. Professora de Criminologia, Direito Penal na Universidade Católica de Pernambuco. Advogada.
ericababini@hotmail.com

Cristhovão Fonseca Gonçalves

Mestrando em Direito na Universidade Católica de Pernambuco (Unicap).
cristhovao_fg@hotmail.com

"O que é essa entidade, tráfico? Heresia. Existem garotos pobres que têm pai, mãe, nome (...) Pobres com suas obras criminais toscas; suas lambanças. (...) Só querendo vender um mato pros garotos ricos. (...) É o único emprego do garoto que tem 14 anos. Como é que o pai vai convencê-lo a ganhar 240 por mês, se ele pode ganhar 400 por semana para soltar rojões?." (Nilo Batista)

"Que nunca se diga: isso é natural, para que nada passe por imutável..."
(Bertold Brecht)

Área do Direito: Penal; Processual; Infância e Juventude

Resumo: A pesquisa realizada na cidade do Recife, Pernambuco, Brasil, demonstra que a imputação de medida socioeducativa de internação (privação de liberdade) para adolescentes em conflito com a lei pela prática de atos infracionais equiparados a tráfico de entorpecente é tomada como política social de combate às drogas. Os dados obtidos a partir de sentenças de imputação de medida socioeducativa de internação, proferidas pelos magistrados em 2011 demonstram que fatores ideológicos são

Abstract: The research lead in Recife, PE, Brazil shows that the attribution of socio-educative measures of detention (deprivation of liberty) for teenagers in conflict with the law through the practicing infractions related to the traffic of narcotics, is taken as social policy of fighting against drugs. The data obtained from sentences uttered by the magistrates in the district of Recife in 2011, shows that the ideological factors are decisive on the segregation, independently of the degree of

decisivos na segregação, independentemente do fato praticado pelo adolescente. Um destes fatores é a crença de que a privação de liberdade é a medida social mais adequada para proteção da sociedade e do próprio adolescente que se encontra em "situação de risco" (fundamento legal para justificação da internação) quando do contato com os fatores relativos à drogadição. Toda esta argumentação, porém, ainda que aparentemente fundamentada na legislação protetiva, viola princípios fundamentais da doutrina da proteção integral, legislação brasileira de vanguarda e alta representativa no âmbito internacional, cujo um dos pilares é a excepcionalidade das medidas socioeducativas de internação. Representa, portanto, alto grau de intervenção punitiva. Por via de consequência, os argumentos racionalizadores da segregação são subterfúgios de decisões baseadas em estereótipos, no sentido de que o usuário ou traficante de drogas representam o inimigo social, cujo combate se dá pela exclusão e neutralização.

PALAVRAS-CHAVE: Política criminal – Política social – Adolescentes dependentes químicos.

vulnerability or social risk of the teenagers, such as the belief that the deprivation of liberty is the most appropriate social measure to protect society and the teenager himself who faces a "situation of risk" (legal basis for the justification of the detention) when finding themselves in risk by the use of drugs. However, all that argumentation is based on protective legislation, it violates the fundamental principles of the integral protection doctrine, Brazilian legislation of vanguard and high representation of international extent, whose one of the cornerstones is the exceptional measures of the socio-educative isolation. As a consequence, the rationalized arguments of the segregation are subterfuge decisions based on stereotypes, in the sense that the user and drug dealers represent the social enemy, which the combat is done through exclusion and neutralization.

KEYWORDS: Crime policy – Social policy – Teenagers chemical dependents.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Medidas socioeducativas de internação (encarceramento) e a doutrina da proteção integral no Estatuto da Criança e do Adolescente – 3. A guerra às drogas e a criminalização da juventude: novas estratégias, antigas teorias – 4. O caráter pedagógico das medidas socioeducativas de internação – Argumento de política social de combate às drogas – Identificando os *second codes* nas sentenças de internação e tráfico de drogas – 5. Conclusões – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em[1] estudo recente, o Conselho Nacional de Justiça, órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil, por meio do programa Justiça ao Jovem, diagnosticou que a segunda maior causa da privação de liberdade dos adolescentes é a prática de tráfico de entorpecentes, antecedido apenas pelos atos infracionais equiparados a roubo, correspondendo a 24% do montante de 14.613 processos analisa-

1. Este trabalho foi apresentado por Cristhovão Gonçalves em: 5th International Juvenile Justice Conference *"Criminality or Social Exclusion: Justice for Children in a divided world"*, em Londres, Reino Unido, 06.11.2012.

dos entre julho de 2010 a outubro de 2011, nos 26 estados da federação e no Distrito Federal.[2]

Essa informação causa impacto imediato, tendo em vista que o combate às drogas tem sido política pública recorrente no País, como se constata por meio da Lei 7.170/2010, instituindo Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas, com eixos de cuidado, prevenção e autoridade.

A constatação desses dois polos – política de enfrentamento e ampla margem de encarceramento – leva à reflexão sobre quais as reais diretrizes que o combate às drogas tem sido traçado.

Tais questões serão analisadas neste trabalho, com foco especificamente na atuação dos membros do Poder Judiciário, especificamente no estado de Pernambuco, em sua capital, Recife, no nordeste do Brasil, que apresenta a segunda maior taxa de encarceramento (1.456), perdendo apenas para São Paulo (6.814),[3] o que considerando a proporção demográfica entre os estados, é uma cifra bastante significativa.

O objetivo, pois, é mapear o grau de compreensão dos magistrados acerca de uma política social relativa às drogas e o que entendem sobre a importância (ou não) do engajamento de seus papéis no combate e prevenção do uso e tráfico de entorpecentes. Da posse desses elementos, o segundo objetivo é identificar a influência dos *second codes, basic rules* (denominados de códigos ideológicos pela criminologia crítica) na imputação das medidas socioeducativas de internação, isto é, o objetivo é perceber em que medida as internações são manejadas, no entendimento dos magistrados, enquanto política social de combate às drogas.

Para a consecução destes objetivos, foi realizada a metodologia de análise relacional do conteúdo das sentenças. O levantamento de dados consistiu em análise de sentenças referentes ao primeiro semestre de 2011, proferidas nas 3.ª e 4.ª Varas da Infância e Juventude da cidade do Recife.

Outrossim, o marco teórico adotado neste trabalho é o da criminologia crítica, a qual compreende que o crime não é um dado ontológico do homem, nem que o Direito penal se reduz a complexo estático de normas, mas resulta de um processo articulado e dinâmico de criminalização, concorrendo todas as agências do controle social formal – o legislador (criminalização primária), Polícia, Ministério Público e a Justiça (criminalização secundária), e o informal – família, escola, mercado de trabalho, mídia.

2. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Panorama Nacional. A execução das medias socioeducativas de internação. Programa Justiça ao Jovem, 2012, p. 11.

3. BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei – 2010. Brasília, 2011.

"(...) a lei penal configura tão só um marco abstrato de decisão, no qual os agentes do controle social formal desfrutam ampla margem de discricionariedade na seleção que efetuam, desenvolvendo uma atividade criadora proporcionada pelo caráter 'definitorial' da criminalidade (...), pois, entre a seleção abstrata, potencial e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada pelas instâncias de criminalização secundária, medeia um complexo e dinâmico processo de refração".[4]

Essas percepções decorrem da reapropriação das funções das estatísticas criminais, agora tidas como apenas informativas dos resultados da criminalização, em razão das constatações das cifras negras, as quais indicam uma ampla margem de discricionariedade seletiva dos agentes de controle, pois, em todas as fases do processo de criminalização, aumenta a variável da cifra negra.

É por essa razão que se ocupa das reações das instâncias oficiais de controle social, "consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes".[5]

Portanto quando se entrelaçam a dimensão da definição e do poder para a investigação e crítica de um modelo, "estamos em presença do mais pequeno denominador comum de todo esse pensamento que podemos alinhar sob a denominação de criminologia crítica".[6]

Nesse sentido é perceptível que a pesquisa criminológica da cultura desviante sob o aspecto crítico tem dois enfoques distintos, um voltado à dimensão da definição do comportamento desviante, como se dá a identificação e os efeitos do etiquetamento, e o outro da constituição do desvio como qualidade atribuída pelas reações das instâncias de controle, o que resulta da distribuição de poder.[7]

Este trabalho consiste na utilização desta segunda linha de pensamento, segundo a qual o desvio é uma qualidade atribuída numa relação de interação, em que há nítidas distribuições de poder entre o adolescente que foi apreendido no porte de drogas e o magistrado que compreende ser a internação uma estratégia de política social de combate às drogas.

Caminhe-se ao texto.

---

4. ANDRADE, Vera Regina P. de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 260.
5. Idem, p. 96.
6. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastas, 1999. p. 48. Coleção Pensamento Criminológico.
7. Idem, p. 89.

2. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE INTERNAÇÃO (ENCARCERAMENTO) E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A doutrina da proteção integral concretiza o desenvolvimento histórico da Justiça da Infância e Juventude, superando a doutrina da situação irregular vigente até meados da década de 1990.

Trata-se, pois, da expressão do movimento internacional que deixou de perceber as crianças e adolescentes como objeto de tutela do Estado – menores – em situação de vulnerabilidade social, para serem encarados enquanto sujeitos de direitos.

Aliás, o Brasil foi o primeiro país da América Latina a incorporar o modelo na Constituição de 1988, consagrando pela primeira vez artigos específicos sobre a matéria (arts. 227 e 228), impulsionando a edição da Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O Estatuto incorporou em sua estrutura os mecanismos de emancipação cultural e política da criança em desenvolvimento, garantindo-lhe prioridades de atendimento, liberdade individual, convivência comunitária e familiar, entre outros, como regras gerais e, sobretudo, a segregação somente em razão da prática de atos infracionais.[8]

Neste contexto, a liberdade é regra, somente podendo ser segregada quando da prática de atos infracionais[9] e após uma instrução processual, na qual é garantida a produção de provas para a averiguação da culpa e conhecimento perfil do adolescente que receberá a medida que, pedagogicamente, mais se adapte às necessidades do adolescente e a gravidade do fato.[10]

Como se percebe, as garantias processuais e penais dispostas no ECA desempenham papel fundamental, fortalecendo o espectro do Estado Democrático de Direito, em que a dignidade da pessoa humana é o eixo central de todo Direito, incluindo aí, o adolescente infrator. Olvidá-las, desse modo, implica tornar as conquistas históricas da Infância e Juventude meras narrativas, sem qualquer conteúdo político, além de potencializar as consequências da objetivação do ser humano, dado o fato de se estar em face de adolescentes, cuja personalidade está sendo formada e

8. Essas questões demonstram que todo o garantismo próprio do Direito Penal e do Constitucionalismo da responsabilização do adulto deve também se voltar aos adolescentes em conflito com a lei. FERRAJOLI, Luigi. Prefácio à infância. In: GARCÍA MENDEZ, Emílio; BELOFF, Mary. *Ley y democracia en America Latina*. Buenos Aires: Temis, 1999.

9. "Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal."

10. É o que garantem os arts. 110, 111 e 112, § 1.º, do ECA.

que, portanto, internaliza mais fácil e cristalizadamente os estereótipos a eles imputados.

A exceção da segregação em meio fechado decorre da condição peculiar de desenvolvimento do adolescente que tem que ser respeitada, conjugada com a certeza de consequências nefastas da institucionalização, sobretudo quando a personalidade está sendo formada, e por esta razão incorpora, em potencialidade, os estigmas atribuídos a ela, permanecendo no caminho do desvio, sem qualquer política pedagógica de emancipação, cristalizando um *continum* do *apartheid social*.[11]

Isto é, a internação, reclusão da liberdade como denomina o subsistema de justiça infantojuvenil, é uma das formas de exclusão social[12] que se torna uma instituição total que passa a controlar todo o sujeito no cotidiano, fazendo que ele perca a identidade e a autoestima, pois a prisão se situa entre um futuro incerto e o passado maculado, ou mais realisticamente reforça, ou pelo menos não rompe os vínculos com o crime.

Como se percebe por uma simples observação empírica da realidade prisional em relação ao adolescente em conflito com a lei, uma abissal distinção entre teoria e pratica é, rotineiramente, verificada nas investigações científicas de acadêmicos e na cruel realidade dos fóruns em que a proteção integral do sistema de proteção juvenil é rasgada para dar margem cruel perversão sistêmica e institucional. Eis as constatações do professor Juarez Cirino:[13]

"O conceito de proteção integral da legislação tem o óbvio sentido de proteção total, absoluta, sem limitações – e não parcial, relativa, limitada, se a lei não contém palavras inúteis, e as palavras têm algum significado –, o que basta para indicar a atitude generosa do legislador. No plano da aplicação, o sistema de justiça socioeducativa fundado pela lei é integrado por operadores jurídicos e técnicos qualificados, todos em maior ou menor extensão pessoalmente comprometidos com a política oficial de proteção integral da infância e da juventude. Mas, entre as boas intenções do legislador e a dedicação dos protagonistas do sistema de justiça socio-

11. BISSOLI FILHO, Francisco. Punição e divisão social: o mito da igualdade à realidade do apartheid social. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. vol. 1. p. 142.

12. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 8. ed. São Paulo: Perspectivas, 2010. p. 23.

13. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. O adolescente infrator e os direitos humanos. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. vol. 1. p. 121.

educativa, por um lado, e a situação de brutal desproteção da juventude (e da infância) no Brasil, por outro lado, parece existir algo mais do que imagina nossa vã filosofia: a lógica diabólica de contradições reais de processos estruturais e institucionais aparentemente independentes da vontade individual. Para demonstrar o contraste entre lei e realização do direito, ou entre discurso jurídico e prática legal, no Brasil, será utilizada a amostra mais representativa, na área: a Febem de São Paulo, através da unidade de internação do Tatuapé, e das unidades de acolhimento provisório (UAPs 1 e 2), da Imigrantes".

Por outro lado, o envolvimento do adolescente infrator com drogas parece justificar o ressurgimento da antiga doutrina da situação irregular, a qual justificava a internação em razão da situação de vulnerabilidade; em que o menor[14] deveria ser objeto de compaixão e repressão ao mesmo tempo, e não sujeito de direito,[15] e por isso não era necessário a observância de qualquer formalidade legal na aplicação de internação, afinal, a ideologia era de tutela do menor, o que, na verdade, eram verdadeiras segregações.

Para ilustrar, são recorrentes os casos em que o STJ se pronuncia para reformar sentenças de aplicação de internação decorrente de atos infracionais de tráfico de entorpecente, que não tem nenhuma relação com violência à pessoa, hipótese autorizadora do inc. I do art. 122.[16]

A situação é tão recorrente que em 2012, o STJ – tido como unificador da jurisprudência nacional, a fim de evitar a repetição de recursos em matéria de ato infracional sumulou a matéria[17] que parece ser obvia diante dos princípios constitucionais, mas, infelizmente, não é tão clara nas sentenças que impõe a autoria e materialidade ao ato infracional equiparado ao tráfico de drogas.

Neste contexto, a imputação das medidas de internação é uma regra constante, seja por um ranço cultural da doutrina da situação irregular, seja por lacunas legais, fato que é evidenciado por dados coletados no levantamento nacional do

14. A expressão "menor" em si pejorativa para indicar subalternidade e diferença para os que eram tidos como crianças ou adolescentes, que não era o caso dos "abandonados".

15. É exatamente sob o argumento de tutela que se desprezava garantias individuais.

16. "A medida de internação por prazo indeterminado é de aplicação excepcional, de modo que somente pode ser imposta ou mantida nos casos taxativamente previstos no art. 122 do ECA, e quando evidenciada sua real necessidade. 2. Esta Corte já pacificou a orientação de que a gravidade do ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes, por si só, não autoriza a aplicação da medida socioeducativa de internação." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 148791. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. *DJe* 16.03.2010.

17. *O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.*

atendimento socioeducativo ao adolescente em conflito com a lei[18] realizado, pela última vez, em 2010, pela Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, ligada à Secretaria de Direitos Humanos, órgão de Presidência da República.

Diante destas questões, resta questionar em que medida as sentenças de aplicação de medidas de fato observam os critérios legais, colocando em xeque, assim, as conquistas históricas do movimento de direitos humanos de proteção dos direitos da criança e do adolescente.

E diante destes dois contextos legais e culturais diferentes, este se avulta na medida em que se pretende desvendar os elementos míticos e ideológicos, com a lupa da criminologia crítica para superá-los.[19]

3. A GUERRA ÀS DROGAS E A CRIMINALIZAÇÃO DA JUVENTUDE: NOVAS ESTRATÉGIAS, ANTIGAS TEORIAS

É necessário frisar que o encarceramento da juventude pobre, como se demonstra no presente trabalho, está inserido na grande máquina punitiva de Política Criminal de Drogas no Brasil, a qual vem se valendo de antigas teorias, como Segurança Nacional e Defesa Social para concretizar os seus ideias de guerra às drogas. É, nesse contexto, que o estudioso Eduardo Galeano[20] nos revela situação corriqueira no País:

"(...) Em abril de 1997, os telespectadores brasileiros foram convidados a votar: que fim mereceria um jovem autor de um assalto violento? A maioria esmagadora dos votos foi pelo extermínio: a pena de morte recebeu o dobro da pena de prisão.

Segundo a investigadora Vera Malagutti, o inimigo público número um está sendo esculpido tendo por modelo o rapaz bisneto de escravos, que vive nas favelas, não sabe ler, adora música funk, consome drogas ou vive delas (...)".[21]

A doutrina de segurança nacional, por sua vez, pode ser reconhecida na Política Criminal de Drogas no Brasil – em todos os níveis – pelo Sistema de Justiça Criminal, entendendo-se como tal agências de polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, que nada mais é do que a neutralização e eliminação dos "inimigos" da ordem interna.

18. [http://mj.gov.br]

19. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica*... cit., p. 45.

20. GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar – A Escola do Mundo ao Avesso*. Porto Alegre: L&PM, 2011. p. 90.

21. MALAGUTI, Vera. Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro. *Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. n. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

Porém, desde os anos 1970 tem-se percebido movimentos de controle criminal do tráfico bastante incoerentes, especialmente na seara de crianças e adolescentes, ensejando a uma (re)afirmação de estereótipos e um controle punitivo seletivo, porquanto os jovens criminalizados são os que compõe os baixos extratos sociais e em "situação de risco". Mencione-se, na oportunidade: "(...) Tudo dependia na América Latina de quem consumia (droga). Se eram os habitantes de favela, seguramente haviam cometido um delito, porque, porque a maconha os torna agressivos. Se eram 'meninos de bem', a droga os torna apáticos".[22]

Inegável, diante dessa conjuntura, o reconhecimento de ideologia da defesa social, a qual lançou verdadeira "cruzada contra a criminalidade", diminuindo garantias processuais penais, valendo-se da punição sumária e do uso de institutos como a prisão preventiva. Criou-se sob o manto de proteção de bens jurídicos universais a racionalização de políticas públicas estritamente repressivas. Em nome da segurança jurídica, o Estado, detentor do monopólio "legítimo" da violência passa, mais uma vez concretizar – ao arrepio das teses sobre o garantismo penal[23]– a falaciosa defesa social.

Nesse sentido, apresenta-se aqui a compilação da criminóloga Vera Regina Pereira de Andrade a respeito da política criminal concernente ao tema das drogas e o discurso oficial, "pilar" de sua legitimidade:

"É senso comum a ideia de que o combate à criminalidade e particularmente ao uso e tráfico de entorpecentes são fortemente obstaculizados no Brasil, pela inexistência de adequada política criminal. A hipótese aqui desenvolvida e fundamentada rompe com este senso comum precisamente ao afirmar que essa política 'existe' e tem uma coerência interna. Trata-se de uma política de guerra, combate ou beligerância (genocida) que, inserida num processo de transnacionalização ou globalização do controle social – gerenciado pelo capitalismo central – é potencializada, no Brasil, por uma tríplice base ideológica: a ideologia da defesa social (em nível dogmático) completada pela ideologia da segurança nacional (em nível de segurança pública), ambas ideologias em sentido negativos instrumentalizadas (em nível legislativo) pelos movimentos de lei e ordem (...) O mote que sustenta toda a argumentação é o da distinção entre o discurso oficial (declarado) e a funcionalidade real da política criminal de drogas (não declarada) pondo a descoberto esta última e situando o primeiro como seu discurso legitimador, o que remete, diretamente, para o conceito e o funcionamento das ideologias no interior do sistema de controle penal".[24]

22. OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro. Revan, 1990. p. 46.

23. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 382.

24. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. xxii.

A falácia de que a proibição das drogas e o combate aos traficantes é medida de evitar violência aparece como mote de justificação da intervenção penal nos moldes que vêm se propagando, e deve ser denunciada.

Em verdade, a falta de leis que regularizem esse setor ocasiona situações em que qualquer conflito ou disputa seja resolvido com a violência. Esta, então, é uma consequência do "proibicionismo" e não causa do tráfico de drogas. Por conseguinte, os "empregados" e os "empresários", como percebeu Maria Lúcia Karam,[25] que produzem e distribuem as drogas no mercado, quando presos ou eliminados, não constituem um prejuízo à empresa, pois estes são facilmente substituídos por outros, também desejosos de oportunidade de emprego, acumulação e poder.

Nesse ponto, tomando por base a grande movimentação financeira advinda da clandestinidade do comércio das substâncias, indaga-se: seriam os traficantes, "empregados" e os "empresários" excluídos? A partir das considerações de Luciano de Oliveira[26] para quem, rigorosamente falando, os únicos realmente excluídos seriam aqueles de quem não se pudesse extrair nenhum centavo de mais-valia, aquela categoria não seria propriamente excluída.

Observar essas pontuações é essencial para se perceber a ideia do professor, para quem "chamar de excluído todo e qualquer grupo social desfavorecido pode levar a contrassensos". Para esse autor, tanto a visão dualista, quanto a antidualista oferecem possibilidades e limites analíticos.

Segue o sociólogo na problematização, aplicando à realidade dos meninos de rua o conceito de delinquência útil elaborado por Michel Foucault, questionado o porquê de esse contingente marginalizado ser alvo aparato estatal repressivo. A resposta apresentada pode ser encaixada no enfoque do estudo do tráfico de drogas, pois a existência de grupos, que personalizam uma "subcultura delinquente", como meninos de rua, traficantes, drogados, representa "contraexemplos" para aqueles que, de fato, precisam ser disciplinados. Ou seja, a estes meninos, há um duplo processo de exclusão: econômico e cultural, aquele decorrente da falta de produção, e estes levam a sociedade a pensar sobre a separação entre o público e o privado. Isto porque "(...) a exibição na via pública dos atos usualmente realizados na intimidade provoca rejeição dos que são obrigados a assisti-los, na medida em que subverte este princípio da separação básica da vida social humana".[27]

25. KARAM, Lúcia Maria. Revisando a sociologia das drogas. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. vol. 1. p. 142.

26. OLIVEIRA, Luciano. Os excluídos "existem"? Notas sobre a elaboração de um novo conceito. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. n. 33. ano 12. p. 49-61. São Paulo, 1997.

27. ZALUAR, Alba. Quando a rua não tem casa. *Cadernos do CEAS*. n. 151. Salvador, 2004.

Não é difícil, pois, inferir que o tráfico é consequência da realidade estrutural econômica capitalista e de uma cultura individualista e excludente e, assim sendo, o próprio Estado e a legislação favorecem e geram criminalidade e violência.

Nesse panorama, os meios de comunicação, em conjunto com a política oficial, têm contribuído para a construção de um discurso maniqueísta de repressão ao tráfico, o qual personifica o mal absoluto na figura do comerciante[28] e intensifica a potencialização do preconceito contra os pobres, que continuará aumentando pelo simples fato de reproduzirem o binômio pobreza e violência.

Esse modo de enfrentar o problema, por sua vez, continuará a discriminar os usuários como doentes, fracos e financiadores da violência e, consequentemente, este discurso míope se manterá ocultando o verdadeiro processo histórico[29] e as causas estruturais da violência e da criminalidade.

Há uma tendência explícita e crescente de tratar traficantes como "inimigos" e usuários como "amigos", porém é de se mencionar que a tênue linha entre esses dois agentes é, por muitas vezes quase imperceptível, o que dá margem a construções hermenêuticas no âmbito da criminalização do tráfico e da reafirmação de estereótipos.

A propósito segundo relatório da Presidência da República[30] 90% da população de adolescente em conflito com a lei no estado de Pernambuco é usuária de drogas, estando esta unidade da federação 3.º lugar no ranking de morte de jovens entre 17 – 24 anos (em mil) entre 2005-2007 PE aparece no 1.º lugar de mortes no IHA (Índice de Homicídios na Adolescência).

Para os traficantes, uma análise particular do processo de criminalização e o enlace deste com o processo penal revelam que não incidem os direitos dos cidadãos, pois eles são uma categoria à parte, mais do que inimigos, são o símbolo de reprovação aguçada, coisificados ao nível de sua atividade ilícita.

O traficante funciona como o bode expiatório que é "imolado". É uma categoria fantasmática, do jornalismo, da psicologia, não tem face, é desumanizado, porque disponibiliza substâncias psicoativas.

Conforme se pontuará na análise das decisões judiciais, em tempos modernos, se adotada uma nova roupagem, ao fundar sua tática autoritária na "ideologia da

28. ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 88.

29. ZALUAR, Alba. Violência, dinheiro fácil e justiça no Brasil: 1980-1995. In: ACSELRAD, Gilberta (org.). *Avessos do prazer: drogas, AIDS e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000. p. 56.

30. BRASIL. Ministério da Justiça. Avaliação do Programa 0152 "Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo ao adolescente em conflito com a lei – Pro-Sinasé". Brasília, 2012.

segurança urbana" que em tudo lembra velhas táticas de intervenção, observadas nos regimes ditatoriais.

A legislação de enfrentamento do problema das drogas, então, é mais um exemplo do uso do Direito Penal Simbólico, porquanto cria uma realidade fictícia, ao reforçar o medo, para justificar a necessidade de adoção de medidas repressivas, ampliando o mercado do produto "prisão" e "segurança", ainda "vende" um "remédio falso", pois atribui à força intimidatória da lei penal o efeito de redução da criminalidade, quando diversas pesquisas empíricas, promovida por um acúmulo criminológico, tem revelado que essa promessa nunca fora cumprida.

Esse modelo de direito penal, que cresce desde os anos 1980, é marcada por forte atuação dos movimentos de lei e ordem e um retrocesso, de certo modo, a medidas de um Estado de Exceção, cuja principal característica são as intervenções autoritárias.

Difunde-se, assim, no seio do Estado Democrático de Direito, a beligerância penal, não apenas como reitora da política criminal, mas, igualmente, como base interpretativa da dogmática penal.[31]

Alessandro Baratta,[32] ao tratar dos fundamentos ideológicos da ainda atual política criminal sobre drogas, aborda a construção do sujeito que Foucault chamou de "práticas de divisão": cidadãos decentes e criminosos. Estes, no simbolismo criado pelo mito da droga em nosso País, representados, em geral, pelos jovens negros e pobres, moradores das periferias e favelas dos aglomerados urbanos.

Resta explicitado o sentido conteúdo político e econômico que se esconde na política criminal de combate as drogas. Nesse panorama um Estado absolutamente não intervencionista – ao menos no plano econômico-social – recrudesce, paradoxalmente, sua ingerência no âmbito criminal, utilizando[33] o exército, a polícia e os tribunais para proteger a propriedade.

A livre-iniciativa da regulação da sociedade parece transmutar-se numa intromissão e gerência estatal cada vez maior e mais profunda no âmbito punitivo. Nestas sociedades complexas pautadas no neoliberalismo, de algum modo, compen-

31. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. O estatuto teórico da política criminal. In: FÖPPEL, Gamil. *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 806.

32. BARATTA, Alessandro. *Fundamentos ideológicos da atual política criminal sobre drogas*. In: GONÇALVES, Odair Dias; BASTOS, Francisco Inácio. *Só socialmente...* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992. p. 35-49.

33. DIMOULIS, Dimitri. Sociedade civil, direitos fundamentais e emancipação, Reflexões a partir de Alessandro Baratta. In: ANDRADE, Vera Regina P. de. *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 44.

sam-se as medidas sociais de combate à miséria e ao desemprego por respostas penais repressivas, a "mão invisível" do mercado econômico livre é acompanhada pela mão vestida de "luva de ferro" do poder punitivo de repressão máxima, no controle da pobreza, conforme síntese do sociólogo francês.[34]

Portanto, ao revés da união entre política criminal e ditames constitucionais, percebe-se que aquela, hodiernamente, é inteiramente dissociada de pretensões inclusivas e emancipatórias, estando a serviço do discurso do medo, da insegurança e controle penal dos "indesejáveis". Porém, não obstante toda esta realidade, o discurso judicial é a necessidade pedagógica da medida para a proteção do adolescente.

4. O CARÁTER PEDAGÓGICO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE INTERNAÇÃO – ARGUMENTO DE POLÍTICA SOCIAL DE COMBATE ÀS DROGAS – IDENTIFICANDO OS *SECOND CODES* NAS SENTENÇAS DE INTERNAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS

Tomando-se a ideia de *second codes*[35] presente na decisão judicial e observando o que Pierre Bourdieu[36] chama de violência simbólica, artifício mediante o qual o jurista afirma estar fundamentando a sua decisão em um texto previamente estabelecido e não em suas concepções pessoais, corroborando com a tese de que as decisões são neutras e impessoais, passa-se a observar as decisões judiciais.

O que se verá neste ponto não se dissocia das já considerações de Bordieu[37] sobre a chamada "linguagem de autoridade", segundo a qual os profissionais necessitam trazer para seu discurso elementos eruditos, como forma de demonstração de poder. Esses podem ser notados especificamente nas referências peremptórias da lei e jurisprudência. Por outro lado, quando a lei não se reveste de instrumento válido a justificar o posicionamento adotado algumas considerações são lançadas no mundo dos autos reafirmando posições sociais e ideologias.

É necessário para entender que o que significa julgar, decifrar, pois, os códigos impostos como naturais no sistema de justiça criminal. A constatação desses códigos nos discursos criminais merece atenção, pois revela a Política Criminal adotada para

34. WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 2001. p. 151.

35. Segundo a criminologia de base crítica na aplicação da lei penal cria-se um código de forma a intensificar a questão da seletividade carcerária. O sistema penal, portanto, se retroalimentaria a partir de mecanismos, que o reforça em seu "núcleo duro" criminalizável. Esse código é o que se batizou de *second codes, basic rules* (código ideológico), expressão já utilizada na literatura de David Garland, Lola Anyar de Castro, Ela Wiecko Castilho, por exemplo.

36. BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011. p. 95.

37. Idem, p. 175.

legitimar certas condutas, no plano da criminalização secundária e da sedimentação de estereótipos. Como qualquer discurso, o *second codes* é, facilmente, notado em algumas situações ou permanece na esfera do inusitado, nas entrelinhas outras vezes.

Assim sendo, na situação do adolescente em conflito com a lei no caso do tráfico de drogas, as medidas de privação de liberdade da juventude preveem atividades pedagógicas obrigatórias (art. 123, parágrafo único), porque o ato infracional é encarado como falha individual no processo educativo e a educação obrigatória como compensação dessa falha.

Sendo assim, a socialização do adolescente, como incorporação de seres humanos no grupo social, corresponde ao pensamento jurídico do modelo consensual de sociedade, no qual a socialização depende da vontade individual, sua falha é atribuível ao adolescente ou sua família, e agressões a normas e valores são conflitos entre indivíduo e sociedade; ao contrário, para o modelo conflitual a sociedade é uma unidade contraditória com pluralidade de valores e de normas, o crime é mero conflito entre autor e vítima, cuja solução deve proteger a vítima sem precisar lançar o autor às feras, porque, afinal, socialização só pode existir como livre desenvolvimento da personalidade.

Muito embora o sistema de proteção do adolescente preze pela reintegração deste no seio social, pela atuação de privilégio da medida de internação em detrimento de outras medidas ou de parâmetros de justiça dialógicos a (re)educação do adolescente em conflito com a lei mostra-se como mais uma promessa do sistema de justiça criminal.

No entanto, apesar do caráter pedagógico, "não se pode deixar de atribuir à medida socioeducativa, além do lado pedagógico, seu forte caráter sancionatário ou retributivo".[38] Salientando que para receber uma medida socioeducativa é preciso uma conduta de natureza penal, pois "não passa de uma conduta descrita como crime ou contravenção (art. 103, ECA) e que se for uma conduta de natureza grave poderá levar à privação de sua liberdade. Questiona, se privar a liberdade de alguém não guarda nenhum resquício de punição.

Conforme Edson Sêda:

"o Estatuto chama as punições por esses atos infracionais à lei criminal praticados por adolescente não de penas, mas de medidas socioeducativas. Termos técnicos que pretendem não desvirtuar, mas distinguir uma coisa da outra, como se distingue *laparotomia* feita por médico de buraco na barriga feito por bala de pistoleiro. Embora ambos (*laporotomia* e buraco de bala) furem a barriga".[39]

38. MELLO, Marília Montenegro Pessoa. *Inimputabilidade penal – Adolescente infratores: punir e (res)socializar.* Recife: Nossa Livraria, 2004. p. 109.

39. SÊDA, Edson. *Os eufemistas e as crianças do Brasil.* Rio de Janeiro: Adês, 1999. p. 17.

Deste modo, independente do nome que se queira atribuir a essa forma de responsabilizar, o mais importante é deixar evidente que a internação implica privação de liberdade.

Conquanto o conceito, das espécies socioeducativas, a internação, porque importa privação de liberdade deve necessariamente ser regida pelos princípios da excepcionalidade e da brevidade (art. 121, ECA), constatadas as hipóteses taxativas de I – violência ou grave ameaça à pessoa; II – reiteração de atos e III – descumprimento de medida anterior.

Frise-se que violência ou grave ameaça é a diretamente realizada contra pessoas e o conceito de reiteração de atos, disciplinado no item II, significa, do ponto de vista jurisprudencial, a prática de três atos infracionais.[40]

Entretanto, cumpre questionar – por que os atos infracionais equiparados à tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/2006) recebem como sanção às medidas socioeducativas de internação, se não há nestes casos, violência ou grave ameaça à pessoa?

Em Recife, nas 3.ª e 4.ª Varas da Infância, de janeiro a junho de 2011, dos casos de imputação de medida socioeducativa de internação (110), deles, 18 eram de tráfico de entorpecentes. Isto significa que 16% dos casos de internação decorrem de tráfico de entorpecentes, quando a legislação não admite que o tráfico em si, tão somente, importe a privação de liberdade.

É interessante notar que todos, 100% dos casos dos adolescentes apreendidos residiam em favelas da cidade do Recife, oriundos da marginalidade social e que estavam traficando na sua própria comunidade, e que estavam ou fora da idade escolar ou já sem estudar há muito tempo.

Outrossim, 14 dos casos se tratavam de reincidência pela prática do mesmo ato – tráfico de entorpecentes, e a quantidade apreendida era, na maioria das vezes semelhante – um média de 10 pedras de crack e, quando havia maconha, uma média de três papelotes. No entanto, há casos de extremidade, um só adolescente com somente uma pedra de crack, bem como outros com 70 pedras, e no caso de maconha, um com três papelotes, apenas.

Aqueles que confessavam a prática do tráfico alegavam que o comércio ilegal era lucrativo, justificando o fazê-lo, portanto, em razão do dinheiro fácil, melhor, inclusive do que assaltos.[41]

40. STJ, AgRg no HC 178880/RS, *DJe* 28.03.2011.

41. Processo n. 0016188-37.2011.8.17.001.

Os fundamentos das decisões judiciais, considerando a reincidência do adolescente, são todos iguais "necessidade de uma conduta mais enérgica, para que surtam efeito pedagógico esperado, através de um acompanhamento mais sistemático em meio fechado". De outra banda, como se trata de tráfico de entorpecentes, as sentenças, todas iguais, mencionam que o tráfico contribui para o aumento desenfreado da violência, atingem as famílias dos usuários e quem "comercializa drogas ilícitas de forma alguma não está cooperando para um bom desenvolvimento social (...) queremos ver varrido da sociedade".[42]

Em todas as sentenças há a seguinte fundamentação:

"Deve-se destacar a extrema gravidade do tráfico de ilícito de entorpecentes, que muito contribui para o desenfreado aumento da violência vivenciada pela sociedade e tão veementemente repelida. Sabe-se que as drogas não só danificam ao seu usuário, mas atingem às famílias e o seu mal se espalha de forma incontrolada vindo a destruir lares, vidas, estando a sociedade cada vez mais contaminada por esta destruição. Assim, todo e qualquer ato que venha a contribuir para a proliferação deste mal deve ser repreendido e levado muito a sério, a fim de evitar que mais pessoas venham a ser atingidas e desestruturadas.[43]

Como se apresentam as decisões, além de fundamentadas nas condições peculiares dos adolescentes, tornando evidente que o processo de criminalização é pautado por diversos códigos sociais os quais orientam o julgador conscientemente e também inconscientemente; afinal, pois, todas as informações provenientes da sua vida – convicção religiosa, política etc. – acabam produzindo uma seleção baseada na cor, sexo, classe social,[44] *second codes*.

Do fim ao cabo, é também evidente a preocupação dos magistrados de que é a privação de liberdade a ferramenta mais adequada do tratamento do problema da drogadição na juventude marginalizada.

Com este enfoque desconsideram-se todos os problemas sociais e a falta de investimento de políticas públicas, como educação, saúde, moradia, lazer etc., de modo que a política de encarceramento passa a ser a primeira rede de assistência do adolescente em conflito com a lei; e não a última, como deveria ser.

Ao fim, o código tecnológico dá ao magistrado uma roupagem técnica essencial para fundamentar sua decisão, pois toda decisão judicial deverá ser devidamente fundamentada na lei, o código ideológico legitima a seletividade e estigmatização dele resultante.

42. Processo n. 04787-41.2011.8.17.0001.

43. Processo n.0005276-78.2011.8.17.0001.

44. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica*... cit.

A posição precária no mercado de trabalho e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o *status* de criminoso é atribuído.[45]

Os códigos ideológicos são constituídos também por estereótipos, considerados como realizações mentais a respeito da construção e da identidade do outro, e do senso comum sobre a criminalidade reproduz a ideologia da defesa social, separando a sociedade em honestos e desonestos, maus e bons, partindo de uma lógica escolástica que em tudo reforça estigma e a própria lógica de funcionalidade do sistema penal. A respeito do tema notem-se algumas considerações de Alessandro Baratta:

"Os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo sistema penal abstrato. Têm sido estudados os preconceitos e estereótipos que guiam tanto a atuação dos órgãos investigadores como dos órgãos judicantes, e que os levam, portanto, assim como ocorre no caso do professor e dos erros nas tarefas escolares, a procurar a verdadeiros criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é normal esperá-la. (...) Para reportar as palavras de um juiz pertencente a um grupo sobre o qual foi dirigida uma pesquisa, 'um acadêmico na prisão (...) é, para nós, uma realidade inimaginável'".[46]

O que se nota, enfim, é a uma (re)afirmação de estereótipos e um controle punitivo seletivo, porquanto os jovens criminalizados são os que compõem os baixos extratos sociais e em "situação de risco. Como conclusão seguinte, tem-se que é evidente o fato que consumo e o tráfico de entorpecentes fazem parte do dia a dia destes adolescentes e que nenhuma medida de política pública está sendo realizada, senão, a internação dos adolescentes.

Na verdade, os adolescentes são carentes de políticas efetivas, e a evidência disto está no alto índice de reincidência na mesma conduta de tráfico e na privação de liberdade quando é evidente o consumo, como o caso do adolescente internado com apenas uma pedra de crack com menos de 15 g e outro com três papelotes de maconha.

O Poder Judiciário passa a funcionar como um realizador da política social deficitária por parte do Poder Executivo valendo-se da ferramenta da medida socioeducativa de internação, e claro, ao realizar esta atividade, há a perda de todas as garantias de existência e manutenção de um Estado Democrático de Direito.

45. Idem, p. 165.

46. Idem, p. 176-178.

5. CONCLUSÕES

Do exposto, infere-se a clara utilização do aparato persecutório estatal como instrumento de controle social. Se é inatingível a realização da justiça social por meio de medidas de política criminal, não há como se negar a eficácia desta última no processo de neutralização – sem esquecer que o escopo maior é a eliminação da juventude pobre envolvida com o trafico de drogas.

Dessa maneira, pautado numa atuação estigmatizante e altamente seletiva, o discurso criminal ganha força hábil a legitimar suas práticas autoritárias. No seio de uma sociedade que institucionalizou o medo, erige-se a segurança ao *status* de valor maior.

O inimigo número um do traficante, diante desse contexto, tem que existir para que o fluxo se renove e o mito da droga há que perdurar para que o sistema se sustente, numa relação de absoluta dialeticidade. Porém, toda esta realidade está racionalizada pelo discurso da proteção socioeducativa dos adolescentes.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastas, 1999. Coleção Pensamento Criminológico.

_____. Fundamentos ideológicos da atual política criminal sobre drogas. In: GONÇALVES, Odair Dias; BASTOS, Francisco Inácio. Só socialmente... Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992.

BISSOLI FILHO, Francisco. Punição e divisão social: o mito da igualdade à realidade do *apartheid* social. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. vol. 1.

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

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Panorama Nacional. Programa Justiça ao Jovem, 2012.

_____. Ministério da Justiça. Avaliação do Programa 0152 "Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo ao adolescente em conflito com a lei – Pro-Sinase". Brasília, 2012.

_____. _____. Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei – 2010. Brasília, 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 148791. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. *DJe* 16.03.2010.

_____._____. AgRg no HC 178880/RS. *DJe* 28.03.2011.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. O adolescente infrator e os direitos humanos. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. vol. 1.

DIMOULIS, Dimitri. Sociedade civil, direitos fundamentais e emancipação. Reflexões a partir de Alessandro Baratta. In: ANDRADE, Vera Regina P. de. *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____. Prefácio à infância. In: GARCÍA MENDEZ, Emílio; BELOFF, Mary. *Ley y Democracia en America Latina*. Buenos Aires: Temis, 1999.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. O estatuto teórico da política criminal. In: FÖPPEL, Gamil. *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar – A escola do mundo ao avesso*. Porto Alegre: L&PM, 2011.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 8. ed. São Paulo: Perspectivas, 2010.

KARAM, Lúcia Maria. Revisando a sociologia das drogas. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. vol. 1.

MALAGUTI, Vera. Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro. *Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. n. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa. *Inimputabilidade penal – Adolescente infratores: punir e (res)socializar*. Recife: Nossa Livraria, 2004.

OLIVEIRA, Luciano. Os excluídos "existem"? Notas sobre a elaboração de um novo conceito. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. n. 33. ano 12. São Paulo, 1997.

OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

SÊDA, Edson. *Os eufemistas e as crianças do Brasil*. Rio de Janeiro: Adês, 1999.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 2001.

ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZALUAR, Alba. "Quando a rua não tem casa". *Cadernos do CEAS*. n. 151. Salvador, 2004.

_____. Violência, dinheiro fácil e justiça no Brasil: 1980-1995. In: ACSELRAD, Gilberta (org.) *Avessos do prazer: drogas, AIDS e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Adolescentes em conflito com a lei: contribuições de uma pesquisa empírica, de Fernando Salla e Marcos César Alvarez – *RBCCrim* 94/305 (DTR\2012\18); e
- O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade: nem abolicionismo penal nem direito penal máximo, de João Batista Costa Saraiva, *RBCCrim* 47/123, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 7/745 (DTR\2004\155).

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; GONÇALVES, Cristhovão Fonseca. Encarceramento como política social de combate às drogas: um estudo sobre *second codes* no julgamento dos adolescentes em conflito com a lei no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 313-332. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL: DIREITO PENAL MÍNIMO, PATERNALISMO ESTATAL E UMA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

DRUG POSSESSION FOR PERSONAL USE: MINIMAL CRIMINAL LAW, STATE PATERNALISM AND HERMENEUTICS CONSTITUTIONAL

LEANDRO DE CASTRO GOMES

Mestrando em Direito Penal pela USP. Membro do Núcleo Especializado de Direitos Humanos da Defensoria. Integrante da Comissão Editorial do Boletim da Escola da Defensoria. Autor do RE 635.659. Defensor Público do Estado de São Paulo.
lcastrogomes@terra.com.br

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar a constitucionalidade da incriminação do porte de drogas para uso pessoal. Para tanto, são apresentados pressupostos teóricos, notadamente da afirmação histórica dos direitos humanos e do Direito Penal mínimo, confrontando-os com a ascensão do valor segurança pública, que tem passado a permear a ciência jurídico-penal. A partir destes pilares, discute-se a constitucionalidade da incriminação, abordando a questão dos "efeitos sociais indiretos indesejados" e de como superá-la por meio de métodos de hermenêutica constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Drogas - Uso pessoal - Constitucionalidade - Direito penal mínimo - Efeitos sociais indiretos indesejados.

ABSTRACT: This paper intends to search the constitutional legitimacy of the criminalization of drug possession for personal use. Therefore, are presented theoretical assumptions, notably the historic affirmation of human rights and the minimal criminal law, confronting them with the rise of public safety value, which has been permeating the criminal law. From that, are discussed the constitutionality of the crime, addressing the issue of "unwanted indirect social effects" and how to overcome it by methods of hermeutics constitutional.

KEYWORDS: Drugs - Personal use - Constitutional legitimacy - Minimal criminal law - "unwanted indirect social effects" - Hermeneutics Constitutional.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Estado democrático de direito. Direitos humanos - 3. Conformação constitucional do direito penal. Direito penal mínimo - 4. A preocupação da segurança - 5. Porte de drogas para uso pessoal. Paternalismo direto. Admissibilidade? - 6. Conclusão - 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por objetivo analisar a (in)constitucionalidade da *incriminação* do porte de substâncias entorpecentes para uso pessoal, prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006.

GOMES, Leandro de Castro. Porte de drogas para uso pessoal: direito penal mínimo, paternalismo estatal e uma nova hermenêutica constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 333-361. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

Neste momento propedêutico, revela-se importante delimitar suficientemente o objeto e justificar sua escolha.

Quanto ao objeto a ser investigado, é preciso que fique claro que a pesquisa circunscreve-se à legitimidade do *direito penal* para proibir e sancionar a conduta de portar drogas ilícitas para consumo pessoal. Não se está a analisar se o Estado, por meio de suas diversas formas de atuação (em especial, direito civil e direito administrativo), pode ou deve atuar coativamente em situações de autolesão, bem representadas pelo uso de drogas. Assim, a questão posta não é se é legítimo ao Estado atuar, por meio de uma política pública qualquer, na prevenção e mesmo na restrição da autonomia dos cidadãos, condicionando ou restringindo o uso recreativo, ou, especialmente, o uso problemático de substâncias entorpecentes.

Na verdade, a restrição de direitos individuais e a limitação da autonomia individual é praxe na atividade estatal, e reside na própria na concepção contratualista de Estado. Assim, Rosseau, logo no início *Do contrato social*, explica: "O homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros. O que se crê senhor dos demais não deixa de ser mais escravo do que eles. Como adveio tal mudança? Ignoro-o. Que poderá legitimá-la? Creio poder resolver esta questão".[1] Logo adiante, apresenta a hipótese de trabalho: "A ordem social, porém, é um direito sagrado que serve de base a todos os outros. Tal direito, no entanto, não se origina da natureza: funda-se, portanto, em convenções. Trata-se, pois, de saber que convenções são essas".[2]

Mesmo em relação às drogas, parece inevitável a adoção de certo grau de paternalismo direto,[3] isto é, de uma atuação estatal proativa para o fim de prevenir autolesões, especialmente em sua modalidade limitada. Hirsch, citando Gerald Dworkin, esclarece algumas condições para esta forma de atuação incisiva do Estado: "Uma intervenção seria admitida, assim afirma ele, quando (1) a autolesão é especialmente séria e irreversível (como no caso de morte ou de lesões graves), (2) a pessoa parece estar agindo em virtude de uma situação extraordinária de estresse, (3) a duração da intervenção é delimitada e (4) há restrições para intervenções repetidas. Em tais casos, a pessoa pode estar agindo em razão do estresse do momento e em contrariedade com seus planos de longo prazo; de toda forma, ela pode – em razão da limitação de intervenções repetidas – eventualmente cometer, enfim, a autolesão, se ela assim o decidir".

A partir das condições propostas por G. Dworkin, vê-se a possibilidade de um paternalismo estatal direto também em face daqueles que provocam autolesões em

1. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Livro primeiro. In: *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado, Introdução e notas de Paul-Arbousse Bastide e Lourival Gomes Machado. São Paulo: Abril, Coleção Os Pensadores, 1973. p. 28.
2. Idem, ibidem.
3. HIRSCH, Andrew Von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? *RBCCrim* 67/11.

decorrência do uso problemático de entorpecentes. Não se pode negar, é verdade, graves efeitos sociais decorrentes destas condutas, que exigem intervenção limitadora estatal, ao menos em determinadas circunstâncias e em face de alguns tipos de substâncias. Como se dará essa atuação, mesmo fora do Direito Penal, é um debate que permanece aberto, como exemplifica a discussão sobre a internação compulsória de adictos,[4] e que não será tratado neste breve ensaio.

Delimitado o objeto, passa-se à exposição dos motivos que levaram à escolha deste tema. São eles de duas ordens.

Em primeiro lugar, a investigação do tema pressupõe o estudo e conhecimento de verdadeiros fundamentos do Estado Moderno e do Direito Penal pautado pela principiologia constitucional. Neste sentido, para tentar encontrar caminhos que auxiliem na investigação sobre a legitimidade penal no tema de uso de substâncias entorpecentes, é preciso percorrer pressupostos teóricos relevantes.

Ademais, tramita no STF o RE 635.659, patrocinado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, cuja questão jurídica essencial é justamente a (in)constitucionalidade da *incriminação* do porte de substâncias entorpecentes para uso pessoal, prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006. Em dezembro de 2011, a Corte Suprema reconheceu a repercussão geral da matéria e a expectativa é que haja manifestação do Plenário em data próxima.

Assim, trata-se de tema relevante e controverso, que costuma despertar paixões e as mais diversas opiniões. A importância e atualidade do tema pode ser constatada tanto pelo recente projeto do Código Penal, encaminhado ao Congresso Nacional, como por decisões judiciais e leis positivadas em Portugal, Espanha, Uruguai, Argentina, Estados Unidos da América (*v.g*, Estado da Califórnia). Daí porque o especial interesse na discussão, bem como a justificativa para sua escolha.

Esclarecido o objeto e sua atualidade e importância, é hora de enfrentar o tema, o que passa pela apresentação de pressupostos teóricos, para posterior debruce sobre a questão concreta colocada.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. DIREITOS HUMANOS

Como mencionado, para formar uma sustentação teórica para a questão proposta, é preciso percorrer caminho que explique os fundamentos, a finalidade e a fun-

4. Sobre o tema, como forma de demonstrar a celeuma sobre a política pública de drogas, que ultrapassa os mecanismos estritamente penais, conferir artigos de Dartiu da Silveira Xavier [www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2506201107.htm]. Acesso em: 12.06.2014; e Luis Flávio Sarpori [www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2506201108.htm]. Acesso em: 12.06.2014), na seção *Tendências e Debates* da *Folha de São Paulo* de 25.06.2011.

ção do Estado e da ordem jurídica vigente. De acordo com a descoberta que se fizer, pode-se chegar a soluções absolutamente distintas e que não serão equivocadas de maneira absoluta, mas se revelarão corretas para o suporte teórico que a sustenta.

Por outro lado, este marco epistemológico subjacente deve se revelar coerente e estar de acordo com a normativa constitucional vigente no Estado brasileiro, eis que é justamente sob a perspectiva da ordem jurídica interna que deve ser analisada a questão.

Não se nega, contudo, que esta ordem jurídica é deveras semelhante com grande parte das democracias ocidentais, especialmente aquelas diretamente influenciadas pelos movimentos culturais e revolucionários que vieram a condicionar a formação do liberalismo e da democracia. Por isso, o escorço histórico e teórico que se apresenta extrapola os limites tupiniquins, como era de se esperar.

É preciso, então, retornar alguns séculos para compreender o Estado Moderno. Pois bem. Afirmando a soberania da razão sobre a religião, os filósofos do século XVIII representaram uma nova visão da liberdade, do homem e do Estado, construindo as bases filosóficas para a enunciação dos direitos humanos. Embora na Antiguidade já existisse o jusnaturalismo, a filosofia antiga estava marcada por uma racionalidade objetivista, enquanto o caráter subjetivista, ou seja, fundado apenas na razão humana e não em uma fundamentação externa (por exemplo, na vontade divina), apenas surgiu vigoroso nos pressupostos filosóficos da modernidade.

O mesmo arcabouço filosófico que sustentará uma nova fundamentação dos direitos humanos a partir de uma perspectiva subjetivista irá justificar a constituição da sociedade e do Estado em modelos racionais. Essencial à compreensão desta transformação radical na fundamentação da organização político-jurídico-social das nações ocidentais desenvolvidas é a análise da emergência do paradigma moderno, associado ao racionalismo subjetivista, ao empirirismo, ao cientificismo (raciocínio lógico-formal, relação causalista) e ao utilitarismo.

A racionalidade subjetivista nasce quando o fundamento da verdade e do conhecimento deixa de ser algo exterior ao indivíduo e passa a ser apenas a razão humana. Expoente do racionalismo, René Descartes estabeleceu a dúvida como ponto de partida para a obtenção do conhecimento, em oposição à fé que caracterizava o modelo anterior, baseado na tradição e religião. Ao invés de aceitar passivamente que a verdade lhe fosse revelada, o homem deveria buscar encontrá-la a partir do conhecimento racional. Levando a premissa da dúvida como princípio do conhecimento ao extremo, Descartes alcançou todos os campos da atividade cognitiva, pondo fim ao monopólio de "dizer o que é a verdade", então sob domínio da igreja.

O conhecimento estava no próprio homem, pois a verdade era inata, cabendo ao homem somente descobri-la utilizando o método racional. O conhecimento metó-

dico buscava garantir a objetividade do conhecimento científico e para isso seu instrumental era formado por intuições, análises e demonstrações.

Também destacando o papel central da razão no desenvolvimento do homem, e procurando construir uma teoria moral fundada estritamente no raciocínio (bem distinto do utilitarismo, adiante mencionado, que se volta para as consequências dos atos), Kant, em seu *Metafísica dos Costumes*,[5] defende que é possível valorar a ação humana exclusivamente por meio da razão, em comandos universais por ele denominados de imperativos categóricos.

Chega, portanto, a máximas morais, a comandos axiológicos. Em suas palavras, "O imperativo categórico é portanto só um único, que é este: Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal".[6]

É também de Kant a conhecida distinção entre dignidade e preço. Pela precisão, pede-se licença para transcrição: "No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento (Affektionspreis); aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade. Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade". Disso decorre a segunda máxima Kantiana: a natureza racional existe como um fim em si, de forma que deve ser proibida a utilização de qualquer humanidade, inerente ou do outro, como instrumento, como utilidade.

Paralelamente, o empirismo inglês estabeleceu a concepção de que a experiência sensível era pressuposto para a origem de todas as ideias, não podendo surgir nenhuma produção intelectual que não houvesse sido experimentada, antes, no campo dos sentidos. Expoentes desta construção filosófica foram Francis Bacon e John Locke. A doutrina empirista sustenta que há duas formas de conhecer a verdade. No primeiro caso, o conhecimento é verdadeiro quando decorre de ideias

5. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Edições 70 Brasil, 1991.

6. Idem, p. 59.

produzidas pela mente humana; seriam exemplos desta verdade cognoscível exclusivamente pela razão a ciência matemática e a ciência moral. No segundo caso, as ideias que pretendam refletir uma realidade exterior à própria mente devem derivar da experiência sensível, ou seja, devem ser passíveis de serem demonstradas a partir de um experimento científico.

Por fim, o caldo cultural no qual se criou o paradigma da modernidade também tem como ingrediente a filosofia utilitarista, cujo representante mais expressivo é Jeremy Bentham. Os principais campos de estudo de Bentham foram a economia e o direito, mas a teoria da "busca da felicidade como objetivo maior do ser humano" teve marcante influência no pensamento moderno em todas as áreas do conhecimento.

Será, portanto, nos fundamentos do racionalismo, do empirismo, do cientificismo e do utilitarismo que os pensadores modernos encontrarão base teórica para confiarem na possibilidade do conhecimento como obra exclusiva do homem.

A caracterização do conhecimento como produto da razão repercutiu na produção do direito e na fundamentação da autoridade estatal. Assim como as ciências exatas, a política e o direito também deveriam deixar de lado os fundamentos que estivessem baseados na tradição e na religião, para se tornarem uma construção racional dos indivíduos.

A este movimento de transformação, permeado pelos valores da modernidade designou-se por Iluminismo ou Ilustração. O Iluminismo não está restrito em uma teoria política, mas sim a um completo movimento filosófico que influenciou (e influencia) diversos ramos do saber, tendo como principais contribuições a valorização de vetores como a tolerância, o humanismo, a limitação do poder estatal, a racionalidade na produção do direito e a secularização do direito.

A Ilustração, com os valores subjacentes, teve impacto decisivo na formulação de um novo modelo de Estado, cujo foco central deveria ser o homem e a preservação de seus direitos (inicialmente, com nítida preferência pela liberdade). Afastava-se do paradigma do absolutismo, vincando a nova conformação na restrição dos poderes estatais, como forma de proteger o homem e seus direitos inatos de indevida interferência.

A chave para esta formulação encontra-se no já citado contratualismo, especialmente nas concepções de Locke (*Segundo Tratado sobre o Governo Civil*) e Rosseau (*Do Contrato Social,* já citado). Sinteticamente (toda síntese importará em olvidar divergências), segundo esta formulação, o ser humano, em estado natural, possuiria direitos inatos e viveria em estado de liberdade plena. Neste antecedente, não haveria um estado de guerra, como defendia Thomas Hobbes, mas um estado natural de paz e liberdade absoluta, que necessitaria, contudo, de uma coordenação central que buscasse preservar e garantir esta situação, evitando a conversão em situação beligerante e ameaçadora dos direitos dos homens.

GOMES, Leandro de Castro. Porte de drogas para uso pessoal: direito penal mínimo, paternalismo estatal e uma nova hermenêutica constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 117. ano 23. p. 333-361. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

Nas palavras de Locke, "quando os homens vivem juntos conforme a razão, sem um superior comum na terra que possua autoridade para julgar entre eles, verifica-se propriamente o estado de natureza. Todavia, a força, ou um desígnio declarado de força, contra a pessoa de outrem, quando não existe qualquer superior comum sobre a terra para apelar, constitui um estado de guerra... a falta de um juiz comum com autoridade coloca todos os homens em um estado de natureza. A força sem o Direito sobre a pessoa de um homem provoca um estado de guerra não só quando há como quando não há um juiz comum".[7] Daí porque a importância de um Estado para *preservar* a liberdade, ou pelo menos, a maior parte dela.

O homem não cederia toda sua liberdade para este ente superior, mas apenas uma parcela dela, trazendo consigo uma esfera inviolável e uma esfera parcialmente restringível. A finalidade do Estado deveria ser justamente a de preservar estas parcelas intocáveis de liberdade, tanto contra poderes privados, quanto (e especialmente) contra o próprio poder estatal.

Por outro lado, as restrições deveriam decorrer apenas das convenções, estipuladas diretamente pelos próprios interessados (todos integrantes da sociedade formada, do Estado, da ordem jurídica soberana).

A lei e a autonomia do indivíduo cumpririam papel central neste paradigma: aquela formada a partir dessa, vinculando todos e principalmente o poder constituído, que não seria mais, como antes, absoluto, mas restrito, limitado, legalizado. Seria o nascedouro do Estado democrático de direito.

Como adverte Maria Lúcia Karam, "No Estado de direito democrático, a liberdade e quaisquer outros direitos de cada indivíduo hão de ser assegurados até o ponto em que não impeçam ou não ameacem seriamente o exercício dos iguais direitos de outros indivíduos. Enquanto a conduta do indivíduo não atinge de modo concreto, direto e imediato um direito alheio, sua liberdade é e deve sempre ser absoluta. Essa é a antiga lição que, proveniente das origens do moderno Estado de direito e da democracia, proclamada nos ideais da revolução francesa e americana do século XVIII, precisa ser revivida". Arremata afirmando que "o único fim legítimo de atuação do poder ... é o de garantir a dignidade, o bem-estar, a felicidade de cada indivíduo".[8] O fechamento do raciocínio pode ser extraído da própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, em seu art. 4, estipula que "a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica terceiros".

Para além do valor liberdade, que, como se viu, teve marcante influência na substituição do Estado Absoluto pelo Estado Liberal, é de se destacar, também, o

7. LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. p. 41.

8. KARAM, Maria Lúcia. *Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 6-7.

valor igualdade, o qual possui notável relevância para o desenvolvimento dos direitos humanos. Para além de o homem ser, em estado natural, absolutamente livre, também é ele um ser (todos, indistintamente) moralmente bom. Se Locke teve acentuado destaque no primeiro valor, não se pode deixar de mencionar a construção de Rosseau quanto ao segundo.

Assim, o filósofo francês, em suas *Cartas Morais*, explicita que "há, no fundo de todos as almas, um princípio inato de justiça e de verdade moral anterior a todos os preconceitos nacionais, a todas as máximas de educação. Esse princípio é a regra involuntária pela qual, apesar de nossas máximas pessoais, julgamos nossas ações e as de outros como boas ou más".[9]

Interessante que, já naqueles tempos, a retórica contrária a esta concepção era semelhante aos dias atuais. Pinça-se um crime horrendo, um erro absurdo, acreditando-se que, com isso, a tese central seria afastada. Quanto a esta questão, refutou, "como se todas as inclinações da natureza se aniquilassem pela depravação de alguns indivíduos, e bastasse a existência de alguns monstros para que a espécie humana não fosse nada além disso".[10]

Esta ideia força de Rosseau também influencia decisivamente sua forma de conceber a formação do Estado e, por conseguinte, da ordem jurídica. Assim, estabelece ele que o contrato social, "o pacto fundamental, em lugar de destruir a igualdade natural, pelo contrário substitui por uma igualdade moral e legitima aquilo que a natureza poderia trazer de desigualdade física entre os homens, que, podendo ser desiguais na força ou no gênio, todos se tornam iguais por convenção e direito".[11]

Anote-se, aliás, que estas teses, sobre o "bom selvagem", que defendem um ser humano com concepções inatas de justiça, bondade e liberdade, com sentimentos de igualdade e fraternidade, antes calcadas em uma *metafísica,* com o desenvolvimento da neurociência e da psicologia, acabam ganhando novos ares. Na espécie, experimentos têm demonstrado que não só bebês (*Just Babies*, de Paul Bloom), mas mesmo grandes primatas (experimentos de Frans de Waal), atuam calcados nestes valores morais,[12] indicando, talvez, que não se trata de mera ideologia, mas sim de

9. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Cartas morais. In: *Carta a Christophe de Beaumont e outros escritos sobre a religião e a moral*. José Oscar de Almeida Marques (org.). Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2005. p. 165.

10. Idem, ibidem.

11. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Livro primeiro*... cit., p. 43.

12. Quanto aos bebês, conferir [www1.folha.uol.com.br/fsp/cienciasaude/145922-justica-de-fraldas.shtml]. Acesso em: 13.06.2014. Em relação aos primatas, [www.ted.com/talks/frans_de_waal_do_animals_have_morals]. Acesso em: 13.06.2014.

valores inatos que têm que ser preservados e, quiçá, lembrados, dia a dia, por todo homem que vive em sociedade.

Em comentário sobre o livro de Paul Bloom, o articulista da Folha de São Paulo, Helio Schwartsman sintetiza que "a tese central do autor é que, embora a evolução nos tenha dotado com impulsos inatos, como o sentido rudimentar de justiça já presente nos bebês, e sentimentos morais como compaixão e empatia, isso ainda não basta para erigir uma ética. Afinal, somos mais do que bebês. Uma parte fundamental de nossa moralidade, a que nos torna humanos, diz Bloom, vem da nossa enorme capacidade de utilizar a razão para resolver problemas, aspecto que ficou fora de moda na ciência recente".[13]

A advertência é importante, eis que remete para a necessidade de sempre aprimorarem-se os valores éticos, sedimentando este panorama axiológico nas condutas diárias e, especialmente, condicionando a atuação coercitiva estatal a estes padrões. É por meio da razão e da prática reiterada que estes valores são solidificados e propiciam o avanço moral da civilização.

Esta preocupação, aliás, foi motivo de lembrança do próprio Rosseau, que, a seu modo poético, trazia *recomendações* para sua leitora, com o intuito de fazer fortalecer esta moralidade inata. Menciona, inicialmente, que "a consciência é tímida e medrosa, ela busca a solidão, o mundo e os ruídos a espantam, os preconceitos, dos quais se disse que ela deriva, são seus mais mortais inimigos, ela foge ou se cala diante deles, cuja voz barulhenta sufoca a sua e a impede de ser ouvida. De tanto ser rejeitada, por fim desanima, não nos fala mais, não nos responde mais, e depois de tanto tempo desprezada, é tão difícil chamá-la de volta quanto foi difícil bani-la".[14] É preciso, pois, sempre chamar de volta estes valores. Para Rosseau, algumas das formas de reencontrar esta boa consciência seriam o ato de filosofar, apreciar o campo, fazer gestos de bondade, entre outros exemplos concretos. Talvez cada ator do sistema de justiça devesse também seguir estas recomendações, especialmente diante do calamitoso cenário em que vive.

Enfim, o que se quis demonstrar até aqui, é que os valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade formaram um quadro axiológico que condicionou a conformação jurídica do Estado e da ordem jurídica, que deve estar sempre pautada na proteção dos direitos fundamentais do homem, na preservação da liberdade, da capacidade de autodeterminação, na autonomia, na igualdade.

Cumpre esclarecer, ainda, que estes valores, para além de imperativos éticos, já contam com expressa positivação jurídica, de forma que são dotados de imperati-

13. [www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartsman/2013/11/1375706-apenas-bebes.shtml]. Acesso em: 13.06.2014.

14. Rosseau, Jean-Jacques. *Cartas morais*... cit., p. 168.

vidade. A advertência é importante, pois pode ser objetado que se trata de discurso ideologizado, carente de fundamento de validade.

Deveras, como esclarece Thomas da Rosa Bustamante[15] segundo uma das concepções do positivismo, o conceito de direito deve ser definido por meio de critérios puramente formais, neutros no que diz respeito ao seu conteúdo, de forma que haveria uma estrita separação entre a atribuição de validade jurídica e a formulação de valorações ético-normativas (tese da neutralidade).

Ademais, ainda segundo concepção positivista, os critérios do direito justo não são de natureza objetiva, mas sim de natureza subjetiva, de forma que não se poderia admitir critérios ou pautas objetivamente válidos, quer dizer, reconhecíveis pela razão, sobre o conteúdo do direito (tese do subjetivismo).

As chamadas teorias pós-positivistas buscam justamente enfrentar essas duas teses, pretendendo auxiliar tanto na construção do direito, quanto na interpretação jurídica, mormente nos chamados *hard cases*, em que mais de uma decisão é possível e há colisão de direitos fundamentais.

Sucede que, no cenário normativo atual, o que se percebe é a normatização de verdadeiros princípios éticos no escalão mais alto da pirâmide normativa, de forma que muitos daqueles valores morais acima explicitados já contam com expressa positivação no ordenamento jurídico, nacional e transnacional.

No caso brasileiro, logo em seu artigo primeiro, a Constituição define a República Federativa do Brasil como um "Estado Democrático de Direito". Apenas esta expressão, como se viu, irradia efeitos normativos substanciais sobre toda a atuação do Estado e sobre os diversos ramos do direito. Na sequência, no mesmo dispositivo, estabelece que são fundamentos deste Estado a "cidadania" (inc. II) e a "dignidade da pessoa humana" (inc. III).

Entre os objetivos do Estado, está "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3.º, IV).

O art. 5.º, por sua vez, é pródigo na concretização de direitos fundamentais em espécie, em todos os seus 78 incisos, sem excluir outros, que venham a ser reconhecidos pelo Brasil em Tratados Internacionais.

Com isso, revela-se que, para além de ser mero "caldo cultural e filosófico", aqueles comandos que moldam a formação e atuação do Estado, sempre em prol dos direitos humanos, são dotados de normatividade, vinculando o gestor público e, também, o legislador, que devem obediência a esses imperativos.

15. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação* contra legem. *A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

3. CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL. DIREITO PENAL MÍNIMO

A pergunta sequencial é se o quadro normativo anteriormente apresentado tem algum tipo de influência no Direito Penal. Do cotejo entre os fundamentos do Estado e a prevalência dos Direitos Humanos, como apresentado, e o modo de atuação do Direito Penal (proibição de condutas, por meio da cominação de sanções graves, em regra a pena privativa de liberdade), percebe-se, claramente, que a intenção é saber sobre limites ao Direito Penal.

Parece claro que, com o advento do Estado Democrático de Direito, existem restrições à intervenção jurídico penal. Estes limites, na verdade, formam a base do chamado Direito Penal Clássico, nas formulações iniciais de Beccaria e Hommel. Os ganhos iniciais foram de impedir a incriminação de condutas que se tratassem de meros pecados e que não interferissem na esfera de liberdade alheia, bem vincados no ideário da liberdade. Levantou-se, ainda, a ideia de legalidade, ligada ao ideal democrático e da autonomia, de forma que todas as proibições deveriam ser convencionadas e aprovadas pelos destinatários.

Há, portanto, uma limitação. Deveras, como adverte Zaffaroni, "sempre que a decisão política é anterior ao sistema e indica seu objetivo, opera-se entre os dois uma relação circular que rege toda a construção".[16] Com isso, a concepção de Estado conforma o Direito Penal e "reconhece, dessa maneira, *caminhos proibidos*".[17]

Ferrajoli também chega a esta conclusão. Sob o mote da questão de "quando proibir?", questiona: "Por que proibir algumas ações e outras não?". Na sequência, explicita que "é evidente que as respostas a estas perguntas são, prevalentemente, de justificação externa, vez que a escolha das ações a serem proibidas está ligada, fundamentalmente, ao poder discricionário do legislador. Todavia, o ordenamento constitucional pode incorporar limites internos – tais como estruturais da ofensividade do evento, da materialidade da ação, da responsabilidade pessoal, ou, ainda, as condições gerais representadas pelos princípios de igualdade e de liberdade – que vinculam negativamente o poder proibitivo e que correspondem a outras tantas garantias, vale dizer, a condições de validade ou de legitimidade interna das proibições legais".[18]

Assim, parece induvidoso que há uma conformação da intervenção jurídico penal, essencialmente limitadora desta atuação. A real extensão destes limites, contu-

16. ZAFFARONI, E. Raúl. BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 200.

17. Idem, ibidem.

18. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 218.

do, é uma questão em permanente debate, com ganhos e retrocessos. Novamente Zaffaroni esclarece que "os princípios limitadores impostos ao sistema, derivados da prévia decisão política indicativa de sua função, não apenas são inacabados em sua elaboração, como também abertos em seu enunciado (...). Esses princípios não podem ser enumerados exaustivamente, pois novos conflitos, tecnologias, pretextos, violações, discursos e aportes de outras disciplinas, assim como o efeito de seu próprio avanço realizador, demandam sua permanente atualização, como o revela a admissão de novos direitos humanos".[19]

Não obstante, ainda que se reconheça que se trata de permanente evolução e do alcance de um modelo utópico, pode ser traçada uma base ideal, que serve de guia para aplicação e formação do direito penal.

Contribuição importante para a presente pesquisa é dada pela epistemologia garantista desenvolvida por Luigi Ferrajoli. A escolha se deve ao fato de que tal teoria espelha os valores de um direito penal ilustrado e liberal, concretizando a razão (e não a fé) como fundamento do conhecimento e a lei e a liberdade como instrumentos limitadores e condicionadores do *jus puniendi*.

Esse o modelo que as principais democracias ocidentais escolheram para guiar seu direito penal. Esse o modelo que o legislador constituinte de 1988 guindou ao patamar de norma constitucional, para ser a fonte legislativa e hermenêutica condicionante da persecução penal no sistema pátrio.

A epistemologia garantista pode ser visualizada como a concretização, em matéria penal, de diversos valores que permearam o caldo filosófico apresentado no tópico antecedente, especialmente a elevação da razão ao patamar de fundamento primeiro do conhecimento e a caracterização da lei positiva como elemento condicionante da atividade estatal, notadamente no campo da persecução penal.

Assim, a partir deste novo paradigma, o modelo penal, considerado aqui como ideal e adotado pela maioria das democracias ocidentais (pelo menos em tese), passou a apresentar determinados princípios fundamentais, que constituem exatamente a epistemologia garantista.

O principal objetivo destes princípios penais e processuais penais consiste em dotar a persecução penal de racionalidade, de modo a evitar arbitrariedades.

Ferrajoli já se mostrava consciente de que o modelo que apresenta é, na verdade, ideal. Não utópico. Mas ideal.

Para o autor, um sistema integralmente garantista, por ele denominado de SG, deve estar informado por 10 axiomas, a saber: *Nulla poena sine crimine*; *Nullum crimen sine lege*; *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; *Nulla necessitate sine injuria*; *Nulla*

19. ZAFFARONI, E. Raúl. BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 201.

injuria sine actione; *Nulla actio sine culpa*; *Nulla culpa sine judicio*; *Nullum judicium sine accusatione*; *Nulla accusatio sine probatione*; *Nulla probatio sine defensione*.

Presentes todos estes postulados, estar-se-á diante de um modelo integralmente garantista. Por consequência, a subtração de algum axioma ou de um derivado, representará uma regressão antigarantista.

A existência de falhas no modelo penal moderno e, especialmente, no brasileiro, não passaram despercebidas pela doutrina. Responsável pela diretriz acadêmica mencionada, Ferrajoli, após apresentar as estruturas de uma epistemologia garantista, conclui que "todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável (...). Isto não impede que o modelo, convenientemente redefinido, possa ser satisfeito em maior ou menor medida segundo as técnicas legislativas e judiciais adotadas. Na realidade, deve-se distinguir até que ponto sua inaplicação depende de limites intrínsecos, como são as margens insuprimíveis de opinabilidade na interpretação da lei, na argumentação das provas e na valoração da especificidade dos fatos, e até que ponto, ao revés, se relaciona a espaços normativos de arbítrio, evitáveis ou redutíveis, e a lesões de fato no terreno judicial. E isto requer uma reconstrução analítica da fenomenologia do juízo e, a partir dela, uma nova fundamentação da epistemologia garantista e das técnicas legislativas e judiciais, idôneas para satisfazê-la".[20]

A síntese apresentada por Zaffaroni e Batista[21] também contribui para a compreensão do modelo de direito penal que condicionará a interpretação da proibição de proibir criminalmente o porte de drogas para uso pessoal. Assim, após fazer a ressalva acima apresentada, no sentido de que é impossível apresentar elenco exaustivo dos princípios limitadores da intervenção jurídico penal, apresenta rol exemplificativo que modula a compreensão do direito penal. Trata, assim, do princípio da legalidade (com seus brocardos: legalidade formal, taxatividade, irretroatividade e retroatividade da lei penal mais benigna), de princípios limitadores que excluem violações grosseiras a direitos humanos (citando princípio da lesividade, princípio da proporcionalidade mínima, princípio da intranscendência, princípio da humanidade, princípio da boa-fé, princípio da proibição de dupla punição) e princípios limitadores decorrentes diretamente do estado de direito (nominando a superioridade ética, o saneamento genealógico e da culpabilidade).[22]

20. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 33-34.

21. Na obra já citada.

22. Todos os axiomas são apresentados entre as p. 200 e 245 da obra citada, para onde se faz remissão.

Esta construção dogmática, em verdade, pode ser sintetizada sobre a concepção de um direito penal mínimo, marcado pela fragmentariedade, subsidiariedade e ofensividade. Assim, para além da já sedimentada garantia da legalidade (isto é, só pode ser proibido aquilo que assim for definido por acordo democrático, mediante o devido processo legislativo formal), a proibição deve respeitar uma atuação subsidiária do direito penal (apenas quando não houver outra forma menos lesiva para proteger o bem jurídico), buscando proteger apenas os interesses mais relevantes, contra condutas que efetivamente provoquem a criação de um perigo concreto e proibido ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Neste cenário, a teoria do bem jurídico, especialmente em seu viés crítico, assume protagonismo e tem inteira pertinência com os fundamentos teóricos apresentados.

De acordo com Roxin, "a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos".[23] Esta função social do Direito Penal está vincada exatamente no Estado democrático de direito, nos moldes apresentados. Assim, "desde a concepção ideológica do contrato social, os cidadãos, como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penal que sejam necessárias para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica, e eles fazem isso somente na medida em que este objetivo não se possa alcançar por outros meios mais leves. A ideia que se subentende a esta concepção é que se deve encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, que então garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível".[24]

Neste sentido, Roxin filia-se a um conceito pessoal de bem jurídico, em moldes semelhantes ao defendido por Winfried Hassemer. Por esta ótica, a intervenção jurídico penal sempre deve ter como finalidade última o interesse do ser humano, garantindo-lhe possibilidade de alcançar uma coexistência pacífica e livre. Com isso, são sim admitidos bens jurídicos supraindividuais, desde que sempre remissíveis ao indivíduo. Exemplifica-se com a tutela da administração da justiça ou com a arrecadação tributária, que, a princípio, não são bens jurídicos pessoais, mas sua tutela contribuirá para fornecer ao Estado meios que permitam uma coexistência pacífica, livre e igualitária.

23. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. 2. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 16.

24. Idem, p. 17.

Apesar de contar com opositores, a teoria do bem jurídico ainda conta com capacidade crítica que auxilia na tarefa de verificar a legitimidade penal de certas incriminações, desde que amparada por outros vetores hermenêuticos.

Assim, em arremate, tem-se que a opção pelo direito penal de cunho minimalista, ou direito penal nuclear, está fundamentada justamente no paradigma dos direitos humanos e do estado democrático de direito, nos moldes apresentados. É essa a opção que se elege para fundamentar a análise da legitimidade penal.

4. A PREOCUPAÇÃO DA SEGURANÇA

Por outro lado, ainda que se faça a escolha pelo garantismo, sob o fundamento de que melhor representa os valores que permeiam a Constituição, não se pode deixar de apontar, em um trabalho que se pretende minimamente acadêmico, que existem outras vertentes, as quais têm ganhado adeptos.

Estas novas concepções estão bem vincadas na ideia de *segurança*, e seu traço comum pode ser vislumbrado na advertência de Maria Lúcia Karam: "Um dos mais claros sintomas do enfraquecimento dos direitos fundamentais, nesta nossa era digital, é a proposta pouco questionada de substituição dos clássicos valores de 'liberdade, igualdade, fraternidade' pelos ditos novos valores de 'segurança, diversidade e solidariedade', que, a partir do famoso texto de Denninger, vêm sendo apresentados como um novo ideal constitucional".[25]

Após refutar que diversidade e solidariedade sejam realmente novos valores (estariam abrangidos pelo desenvolvimento da igualdade e fraternidade), a autora pontua que "quando se pretende substituir a liberdade pela segurança, o que se está fazendo é negar a eficácia dos direitos fundamentais e inverter os postulados do Estado de direito democrático", eis que "a liberdade é um valor insubstituível (...), inseparável do reconhecimento de sua (do homem) dignidade".[26]

Este possível novo paradigma está intimamente atrelado à chamada sociedade de risco, na elaboração de Ulrich Beck,[27] e tem tido decisiva interferência no direito penal, mormente na tutela de bens jurídicos supra individuais. Os efeitos que têm sido percebidos estão ligados especialmente à proliferação de crimes de perigo abstrato, na antecipação da tutela penal para momentos cada vez mais afastados da criação do risco direto para o bem jurídico, e na elevação da segurança como efetiva função do direito penal, e não apenas a proteção de bens jurídicos.

25. KARAM, Maria Lúcia. *Recuperar o desejo*... cit., p. 5.

26. Idem, p. 6.

27. BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. New Delhi: Sage, 1992.

Mesmo que se reconheça que o direito penal deve enfrentar a questão dos bens jurídicos supra individuais, alguns setores têm estendido esta nova concepção de busca da segurança para toda a principiologia do direito penal, colocando em xeque muitos daqueles valores apresentados no tópico anterior.

A título exemplificativo, em artigo publicado na rede mundial de computadores, o Promotor de Justiça Daniel Sperb Rubin faz a seguinte colocação: "A ordem, o sossego alheio e a tranquilidade são bens jurídicos que merecem a proteção da norma penal não apenas pelo seu valor intrínseco, mas também porque protegendo-os, está-se evitando a ascensão da criminalidade violenta. Quando as pequenas janelas estão quebradas, não adianta correr para tentar evitar que as grandes janelas sejam quebradas. Elas inevitavelmente o serão. Ou seja, não adianta invocar o Direito Penal para cuidar dos crimes violentos quando desprezou-se seu poder de coerção com relação a crimes menores, invocando-se princípios como o da intervenção mínima. Isto significa atuar apenas no resultado e não na prevenção. O resultado só pode ser o aumento da criminalidade".[28]

Uma tal postura parece inaceitável, posto que viola toda a formação do Estado Moderno e parte de premissas empíricas questionáveis e não comprovadas. Elevar a segurança a um patamar que leve à negação da liberdade, à hipertrofia do Direito Penal, não se coaduna com um Estado que deve garantir todos os direitos fundamentais, tanto a segurança, sim, mas também e prioritariamente, a liberdade e o ideal de vida de cada indivíduo.

Por outro lado, não se pode simplesmente negar esta preocupação, já que segurança é também um direito fundamental[29] e, até mesmo na formulação crítica de Roxin, o Direito Penal tem por missão propiciar uma coexistência *pacífica* entre os cidadãos.

Como tentar compatibilizar estas duas tensões (segurança e liberdade) é um tema que perpassa o debate do porte de drogas para uso pessoal, será nele tratado.

5. PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL. PATERNALISMO DIRETO. ADMISSIBILIDADE?

Os argumentos jurídicos geralmente apresentados contra a incriminação do porte de drogas para consumo pessoal decorrem, em grande parte, do substrato teórico apresentado, e têm íntima conexão com uma visão de Direito Penal Mínimo.

28. Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade/3#ixzz2iGfzJ4wz].

29. Deve-se advertir, contudo, que a "segurança" prevista no *caput* do art. 5.º da CF é a segurança jurídica. A segurança pública, de que aqui se trata mais intimamente, está prevista no art. 6.º.

Alega-se, assim, que há uma violação ao princípio da lesividade.

O princípio da lesividade preconiza, no âmbito do direito penal, a alteridade ou exterioridade, de forma que, para a ocorrência de um crime, é preciso que ocorra uma lesão relevante a um bem jurídico alheio, de outrem. Tem, portanto, relação atávica com a concepção crítica da teoria do bem jurídico, especialmente a teoria pessoal, nos moldes apresentados.

A partir deste princípio jurídico, proíbe-se a incriminação de condutas internas (pensamentos, autolesão) ou meramente imorais ou pecaminosas. Sem lesão ao bem jurídico protegido pela norma, não há que se falar em crime.

Com fundamento justamente nesta construção, o já citado Roxin apresenta uma séria de limites ao legislador. Diz, assim, que são inadmissíveis as normas jurídico-penais unicamente motivadas ideologicamente ou que atentam contra Direitos fundamentais e humanos. Acrescenta que simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Ademais, a proteção de sentimentos somente pode-se legitimar se se tratar de sentimentos de ameaça. Diz ainda, que as regulações de tabus tampouco são bens jurídicos, e por isso não devem ser protegidas através do direito penal.[30]

Com relevância para o tema em destaque, esclarece que "a consciente autolesão, como também sua possibilitação e fomento, não legitimam uma sanção punitiva, pois a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo".[31]

Pois bem. De acordo com o magistério doutrinário majoritário, a saúde pública é o objeto jurídico do delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006.

Sucede que, na específica conduta de portar drogas para uso pessoal, não há qualquer expansibilidade do perigo, eis que a conduta e os efeitos dela permanecem apenas no âmbito do próprio usuário. O que será lesado é a saúde do consumidor, do usuário, e de mais ninguém.

Como adverte Cristiano Marona, "para além da demonização de certas substâncias, não é mais possível à ciência jurídica ignorar a existência de um antagonismo evidente entre a destinação pessoal do consumo e a proteção jurídica à saúde pública: se o consumo é pessoal, afeta a saúde individual. Não há alteridade, apenas autolesão, o que inviabiliza a atuação do Direito Penal. *Nullum crimen nulla poena sine iniuria.* As ações descritas no art. 28 da Lei 11.343/2006 não afetam qualquer terceiro".[32]

30. Todas estas limitações estão na obra citada, entre as p. 20 e 24.

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

32. *Boletim do IBCCrim*, edição especial de out. 2012.

No mesmo sentido, Maria Lúcia Karam, aponta que "é evidente que na conduta de uma pessoa que, destinando-se a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar-se ofensa à saúde pública, dada a ausência de expansibilidade do perigo".[33] Em síntese, "a destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios".

Em coerência com sua fundamentação, também Roxin conclui, ao excluir a autolesão da seara legítima do Direito Penal, que "a já mencionada aquisição de pequenas quantidades de drogas suaves para o consumo pessoal pertence a esse âmbito".[34]

Ademais, a incriminação parece interferir decisivamente na autonomia individual, além de ter cunho eminentemente moral, violando, agora, a intimidade e a vida privada (art. 5.º, X, da CF).

Deveras, entende-se que deve ser garantido ao indivíduo maior e capaz a autonomia de decidir quais substâncias quer consumir, revelando-se contraditório, por exemplo, permitir que ele escolha seus representantes políticos, mas retirar a capacidade de decidir o que quer ingerir em seu organismo.

O problema se agrava e revela o cunho moral da proibição, quando se constata que existem diversas substâncias que produzem severos danos à saúde do usuário e que estão ao largo de qualquer proibição. Álcool e tabaco, de acordo com estudos científicos,[35] possuem maior potencial lesivo à saúde do consumidor do que algumas substâncias consideradas ilícitas pela legislação brasileira.

Ora, fosse a opção pela proibição efetivamente técnica e racional, estas substâncias também deveriam ser proibidas, proporcionando, no mínimo, um tratamento isonômico para a situação. Para ilustrar o argumento, Salo de Carvalho, citando Thomas Szaaz, apresenta o seguinte raciocínio: "não responsabilizamos a obesidade dos gordos a quem lhes vende comida, mas atribuímos os hábitos dos dependentes a quem lhe vende droga. Constituindo-se, na atualidade, a obesidade epidemia, seria crível pensar na criminalização da venda ou do consumo de certos alimentos?".[36]

O que foi apresentado, contudo, não parece resolver definitivamente (se é que isso é possível) a questão. Ainda que não se tenha uma solução absoluta, é preciso, ao menos, enfrentar todos os contra-argumentos.

---

33. KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991. p. 126.

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

35. Estudo realizado pela Organização Não Governamental Beckley Foundation, especificamente na p. 54, acessível em: [www.beckleyfoundation.org//pdf/BF_Cannabis_Commission_Report.pdf].

36. CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 170.

Neste sentido, não é possível olvidar que existem manifestações técnicas defendendo a legitimidade penal da proibição do porte de substâncias entorpecentes para consumo pessoal.

Aliás, em qualquer conversa informal sobre a questão, mesmo fora do ambiente acadêmico, são levantados diversos óbices contra o posicionamento que constitui a hipótese deste ensaio. Ainda que não dotados de alto valor científico, estes argumentos "informais" muitas vezes fomentam debates interessantes e auxiliam no fortalecimento da tese, se forem rechaçados. Os principais óbices alegados podem ser sintetizados em algumas frases-chave: "O usuário é o financiador do tráfico"; "O usuário vai ficar doente e irá onerar o Estado"; "O usuário irá praticar crimes, especialmente patrimoniais"; "As drogas mais leves são a porta de entrada para as mais pesadas".

Parece que o traço comum entre todas estas assertivas é identificar no consumo problemático de drogas uma série de efeitos secundários lesivos, produzindo dano social preocupante.

Bechara bem esclarece a questão, agora com roupagem acadêmica: "Andrew von Hirsch e Wolfgang Wohlers afirmam de modo crítico ser o tipo penal de porte de drogas para consumo próprio um dos mais marcantes exemplos de inaptidão da teoria do bem jurídico para fornecer um critério de limitação crítica da intervenção penal. A razão dessa deficiência residiria, segundo referidos autores, na constatação de que qualquer norma incriminadora pode ser relacionada a um bem jurídico legítimo, se se consideram nexos de imputação indiretos".[37]

Assim, "deve-se refletir, então, sobre a possibilidade de criminalização de comportamentos em razão de sua relação indireta com interesses sociais dignos de proteção jurídica. Em outras palavras, indaga-se sobre se as consequências sociais indiretas derivadas do consumo de drogas estão relacionadas à conduta correspondente tipificada de tal forma que pareça adequado responsabilizar penalmente seu autor".[38]

A preocupação externada em relação às "consequências sociais indiretas indesejadas" bem retrata como o novo paradigma da segurança permeia a discussão jurídico-penal atual. Ao fundo, é justamente a elevação da segurança a um patamar que justifique a limitação da liberdade alheia, em esferas até há pouco intangíveis (lembre-se que a proibição do consumo de entorpecentes é relativamente recente, ao passo que o próprio consumo, independente de rechaço moral ou jurídico, é milenar).

37. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 327.

38. Idem, ibidem.

É certo, aliás, que esta preocupação parece ter servido de suporte para a Corte Constitucional Alemã em duas situações paradigmáticas. Em uma destas situações, a Corte conclui pela constitucionalidade da intervenção penal em face do incesto, prática criminalizada na Alemanha.

Em comentário sobre a decisão, Luis Greco pontua que "na prática, quase tudo que é visto como imoral produzirá consequências indiretas similares às que foram mencionadas pelo Tribunal Constitucional Alemão para legitimar a proibição do incesto: ego debilitado (*vermindertes Selbstbewusstsein*), disfunções sexuais na idade adulta, inibição na formação da identidade pessoal (*gehemmte Individuation*), *déficits* na busca de identidade sexual e na capacidade de relacionar-se, promiscuidade sexual, marginalização e isolamento social; até provavelmente algumas décadas atrás, estas consequências poderiam ocorrer no caso de filhos de homossexuais e podem ainda hoje ser atribuídas a filhos de prostitutas ou atores de filmes pornográficos. Isso quer dizer que, diante de qualquer comportamento (hoje ou antigamente considerado) imoral será possível descobrir razões que não sejam unicamente referidas à moral, a partir das quais será possível justificar a proibição penal".[39] Conclui, então, que "a 'mera imoralidade' de que falam os penalistas não passa de algo puramente teórico, no sentido pejorativo deste predicado, já que, na prática, a possibilidade de que comportamentos imorais conduzam indiretamente a lesões de interesses relevantes não só não poderá ser descartada, como será bastante plausível".[40]

O outro precedente da Corte Constitucional Alemã refere-se justamente ao porte de drogas para uso pessoal.[41] Ainda com Luís Greco, comentando o julgado, tem-se que o Tribunal Constitucional alemão, "reportou-se às 'múltiplas consequências e implicações sociais' do uso de droga para negar que aqui exista um direito inviolável".[42]

Como enfrentar estes óbices?

Creio que existem dois caminhos viáveis.

Inicialmente, é preciso constatar que os "efeitos sociais indiretos indesejados" são hipóteses empíricas, muitas vezes não comprovadas ou mesmo comprováveis.

39. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *RBCCrim* 82/167.

40. Idem.

41. BVerfGE 90, 145 (171).

42. GRECO, Luís. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de consumo próprio. *RBCCrim* 87/87.

Para rechaçá-las, pode-se adotar tanto um caminho empírico e outro metafísico.[43] O primeiro traz contra-argumentos vincados na experiência prática, enquanto o segundo se opõe a eles vincados em concepções estritamente jurídicas.

A primeira trilha pode ser bem sustentada por postura hermenêutica que leve em consideração não apenas os comandos normativos isoladamente, mas também o mundo do ser que os rodeia. Os métodos interpretativos clássicos de Savigny (gramatical, histórico, sistemático) por certo contribuem para a condução da interpretação, mas parecem limitados para fornecer a necessária postura hermenêutica de vanguarda. Assim, as construções teóricas de *Konrad Hesse* (método hermenêutico-concretizador) e Friedrich Muller (método normativo-estruturante), por trazerem à atividade hermenêutica indispensável *olhar* sobre a situação fática a ser regulada, parecem contribuir para uma interpretação mais densa, demandada pelo tema.

A semelhança entre estes dois métodos está na constatação de insuficiência de uma interpretação que se prenda simplesmente ao texto da Constituição e das leis. É preciso agregar novos elementos à atividade, mormente ligados à situação a ser regulada, haja vista que os fatos sociais também demandam o olhar hermenêutico e são relevantes para a compreensão global da norma.

O magistério doutrinário indica que "os adeptos do método hermenêutico-concretizador procuram ancorar a interpretação *no próprio texto constitucional* – como limite da concretização –, mas sem perder de vista a realidade que ele intenta regular e que, afinal, lhe esclarece o sentido".[44] Em sentido semelhante, de acordo com o método normativo-estruturante, o teor literal da norma é só um dos aspectos a serem levados em consideração pelo aplicador na interpretação da Constituição, sendo que o aspecto mais importante é aquele constituído pelas relações jurídicas diárias, pelos casos concretos sobre os quais a norma pretende incidir, pelo que Friedrich Müller denomina "âmbito normativo".

Como bem pontua Inocêncio Coelho, referindo-se a este método hermenêutico, "na tarefa de *concretizar* a Constituição (...), o aplicador do direito, para fazer jus-

43. Esclarece Kant que "Pode-se chamar empírica a toda a filosofia que se baseie em princípios da experie ncia, àquela porém cujas doutrinas se apoiam em princípios *a priori* chama-se filosofia pura. Esta última, quando é simplesmente formal, chama-se Lógica; mas quando se limita a determinados objectos do entendimento chama-se Metafísica. Desta maneira surge a ideia duma dupla metafísica, uma Metafísica da Natureza e uma Metafísica dos Costumes. A Física terá portanto a sua parte empírica, mas também uma parte racional; igualmente a Ética, se bem que nesta a parte empírica se poderia chamar especialmente Antropologia prática, enquanto a racional seria a Moral propriamente dita". KANT, Immanuel. Op. cit., Prefácio, p. 14.

44. MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

tiça à complexidade e magnitude de sua tarefa, deverá considerar não apenas os elementos resultantes da interpretação do *programa* normativo, que é expresso pelo texto da norma, mas também aqueles que decorram da investigação do seu âmbito normativo, elementos que também pertencem à norma, e com igual hierarquia, enquanto representam o pedaço da realidade social que o programa normativo 'escolheu' ou, em parte, criou para si, como espaço de regulação".[45] Conclui-se no sentido de que a norma exsurge do confronto entre texto e contexto, ou seja, da dialética entre programa e âmbito normativo.

Esclarece Comparato, no mesmo sentido, que "como demonstrou a doutrina alemã contemporânea, as normas jurídicas, sobretudo as constitucionais, podem ser apreciadas, quanto à sua aplicabilidade, de duas maneiras: *in abstracto*, no sentido geral decorrente de suas palavras, sem relação com nenhuma hipótese específica de incidência; e *in concreto*, vale dizer, mediante aplicação da norma em questão a um caso real da vida".[46]

Assentado o *vetor hermenêutico* eleito, conclui-se que a análise do tema deve abranger duas searas. A primeira, diz com a própria violação a princípios jurídicos expressamente previstos na Constituição Federal (*programa normativo*). A segunda, refere-se à análise de dados empíricos relativos ao (in)sucesso da política de drogas adotada no Brasil (âmbito normativo), efetivando-se um círculo hermenêutico com um olhar tanto para o texto constitucional, quanto para a "situação normada", nas palavras de Miguel Reale.[47]

Os fundamentos jurídicos, já foram apresentados anteriormente.

É preciso movimentar os olhos, agora, para a situação normada, agregar dados empíricos à análise. Deveras, se a incriminação da conduta de portar drogas para uso pessoal estivesse produzindo resultados ótimos no âmbito da política pública de drogas (como, no mínimo, a drástica queda do consumo de entorpecentes e, claro, a tutela da saúde dos usuários), a discussão pareceria, para alguns, bizantina. Sucede que a proibição criminal do porte de drogas para consumo próprio é o cume simbólico de uma política pública de drogas de absoluto fracasso.

Por influência global, vigora no Brasil política criminal *de guerra* contra as drogas, sustentada, de acordo com o magistério de Salo de Carvalho, na Ideologia da Defesa Social, Ideologia da Segurança Nacional e no Movimento de Lei e Ordem.[48]

45. Idem, p. 109.

46. COMPARATO, Fábio Konder. O abuso nas patentes de medicamentos. In: *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 137.

47. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 594.

48. CARVALHO, Salo. Op. cit.

Há dura repressão a qualquer atividade ligada às drogas, como se constata da proibição criminal de consumir entorpecentes, da restrição de direitos aos processados e condenados por tráfico (vedação à liberdade provisória, proibição à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito,[49] fixação de regime inicial fechado, além da fixação de prazos mais rigorosos para a progressão de regime)[50] e mesmo de dispositivo, de duvidosa constitucionalidade, de autotutela estatal.[51] É preciso, contudo, suspender a onda punitivista e, em exercício racional, questioná-la. Qual seu objetivo? Quais os resultados produzidos? Qualquer política pública deve passar por este filtro crítico, mormente aquelas que interfiram incisivamente em direitos fundamentais dos cidadãos e produzam violência em escala nacional.

O objetivo declarado da política pública de drogas é a erradicação (ou substancial diminuição) da produção e do consumo de substâncias entorpecentes. Busca-se dizimar as drogas e, para tanto, elegeu-se como método a dura repressão ao tráfico e a proibição criminal do consumo de entorpecentes.

O objetivo foi alcançado? Houve redução nos níveis de produção e consumo de drogas? Não foi o que concluiu a Organização das Nações Unidas.[52] Desde a adoção desta política pública punitivista, em escala global e nacional, a produção e o consumo de drogas ilícitas, bem como as mazelas daí decorrentes, não sofreram redução. Ao revés, há indicativo nada animador, no sentido de aumento do consumo e, consequentemente, do tráfico.

Além de parecer ter falhado em seu objetivo declarado (redução da produção e do consumo), os efeitos colaterais produzidos pela política de repressão máxima são excessivamente danosos aos cidadãos e à sociedade.[53] Assim, se existem "efeitos sociais indiretos indesejados" no porte de drogas para uso pessoal, também existem efeitos sociais *diretos* indesejados da proibição criminal desta conduta.

Há danos de ordem pessoal (o dependente é levado a consumir substâncias de péssima qualidade, em ambientes hostis, o que provoca maior dano à sua saúde e

49. Arts. 33, § 4.º, e 44 da Lei 11.343/2006. Conferir HC 104339 e HC 97256/RS, ambos do STF.

50. Art. 2.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei 8.072/1990. Conferir HC 111840, do STF.

51. O art. 4.º do Dec. 5.144/2004 estabelece o seguinte: "*A aeronave* suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins *que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3.º será classificada como* aeronave hostil *e estará sujeita à* medida de destruição" – grifei.

52. Estudo publicado pela ONU, disponível em: [www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/World_Drug_Report_2011_ebook.pdf].

53. Para uma análise mais detida do tema, conferir CARVALHO, Salo. Op. cit., p. 144-154.

aumento nas taxas de contaminação por doenças transmissíveis), prejuízos econômicos (representados tanto pelo gigantesco dispêndio financeiro na manutenção do aparato estatal repressor, quanto pela renúncia fiscal representada pela ausência de regulação estatal da atividade), efeitos no sistema de justiça (com a produção de criminalidade secundária, como corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de armas), além do patente encarceramento em massa,[54] que criminaliza, em sua maioria, jovens pobres, primários, presos em atividade de tráfico de drogas de pequena abrangência e potencialidade lesiva.[55]

Assim, a política criminal de drogas vigente no Brasil, cujo símbolo maior é a criminalização do usuário, parece absolutamente ineficaz, já que, além de não conseguir erradicar o consumo de drogas, provoca custos pessoais e sociais relevantes.

Agregando estes dados empíricos, enfrenta-se o argumento dos efeitos sociais indiretos indesejados, de resto também hipóteses empíricas.

É verdade que algumas restrições são apresentadas em relação a esta opção hermenêutica. Assim, esclarece Luís Greco que este argumento é frágil, pois, além de poder ser rechaçado pela prerrogativa de avaliação do legislador,[56] também pode ser questionado por outras interpretações sobre os mesmos dados. Exemplifica, assim, que "o fato de que o consumo de drogas tenha crescido não significa que a proibição seja ineficaz, pois – ainda que se pressuponha que os dados levantados reflitam fielmente a realidade – não se pode saber se esses números não teriam subido ainda mais sem a proibição. Em segundo lugar, o argumento não é generalizável, o que é um sério problema numa decisão de um tribunal constitucional: ou será que um eventual aumento do número de homicídios nas estatísticas levaria a que se considere inconstitucional o tipo de homicídio, por sua ineficácia? Em terceiro lugar, o argumento sequer chega aonde se propõe: o recurso às estatísticas não permite que se reconduza a suposta falha da concepção legislativa ao tipo ou a outros fatores, que poderiam ser desde uma deficiência de recursos

54. De acordo com dados divulgados pelo Sistema de Informações Penitenciárias (Infopen), do Ministério da Justiça, a quantidade de presos por tráfico de drogas no Brasil saltou de 47.472 em 2006, para 106.491 em 2010.

55. Levantamento realizado pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, disponível em: [http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf].

56. De acordo com Luís Greco, "Simplificadamente, a chamada prerrogativa de avaliação (Einschatzungsprarrogative) designa a faculdade que a Corte reconhece ao legislador de formular suas próprias suposições empíricas, especialmente quando diante de situações empiricamente pouco claras, que envolvam, por exemplo, prognoses difíceis ou avaliações referidas ao plano macrossocial". GRECO, Luís. *Tem futuro...* cit., p. 168.

dos órgãos de persecução penal ou a falta de uma estratégia global, e não apenas penal, para o enfrentamento do problema das drogas, até mesmo uma excessiva leveza da pena cominada".[57]

Ainda que se concorde com estas colocações, é preciso fazer dois esclarecimentos, até para não nulificar a proposta anterior, vincada em métodos hermenêuticos que busquem analisar também a situação normada. Em primeiro lugar, tem-se que, como dito, os "efeitos sociais indiretos indesejados" são conclusões advindas do exato mesmo recurso, isto é, manejo de dados empíricos. Para enfrentá-las, pois, nada mais natural que apresentar contra-argumentos também do mesmo jaez. Mais do que isso, e já se entra agora na segunda colocação, o recurso de ampliar o olhar hermenêutico, antes de buscar vislumbrar apenas a efetividade da política (isto é, a redução do consumo), dirige sua atenção especialmente aos custos sociais gerados pela proibição. Em relação a esses, as objeções de Luís Greco não se mostram com tanto vigor, eis que os efeitos indesejados *da proibição* não decorrem de uma avaliação interpretativa sobre dados empíricos, mas simplesmente da observação da prática.

O segundo caminho para se afastar o argumento dos "efeitos sociais indiretos indesejados", bem apresentado justamente por Greco, é de ordem mais metafísica, eis que dispensa o emprego de análise empírica. A estratégia reside no conceito de "esfera nuclear da vida privada", âmbito dentro do qual seria inviável qualquer interferência estatal. A vantagem deste recurso seria o de representar concretização máxima dos direitos humanos, dispensando contribuições de viés utilitarista. Valoriza-se a pessoa, seus direitos. Assim, "respeitar a autonomia significa que se leve a sério o ser humano porque ele é um ser humano, e não só porque isso nos convém".[58]

Como consta na epígrafe da obra de Antonio Escohotado, *Aprendiendo de las drogas: usos y abusos, prejuicios y desafios*, "de la piel para dentro empieza mi exclusiva jurisdicción. Elijo yo aquello que puede o no cruzar esa frontera. Soy um estado soberano, y la lindes de mi piel me resultan mucho más sagradas que los confines políticos de cualquier país".

O argumento, em si, não é novo. A dificuldade reside justamente em definir esta esfera nuclear inviolável. Estabelecer os limites dentro dos quais é absolutamente inviável a interferência estatal, *ainda que a conduta interna provoque efeitos sociais indiretos*, como quase todas as condutas de fato provocarão.

57. GRECO, Luís. *Posse de droga*... cit., p. 86.

58. GRECO, Luís. *Tem futuro*... cit., p. 170.

Buscando justamente traçar estes limites, parte-se da situação paradigma do pensamento. Parece induvidoso que a interferência estatal no âmbito dos pensamentos das pessoas é indevida. Contudo, como esclarece Greco, pensamentos podem ser pecaminosos, podem levar uma pessoa à infelicidade e, principalmente, podem ser perigosos. Das duas primeiras constatações, vê-se que o Estado não pode forçar as pessoas à virtude, nem à felicidade, o que já define um limite bem claro ao Estado.

Em relação à perigosidade do pensamento é que efetivamente entra o problema dos efeitos sociais indiretos. Esclarece Greco que "pensamentos também são perigosos. Isto é comprovado não só pela história, que demonstra como as revoluções são antecedidas de uma mudança nos pensamentos, como é aceito pela dogmática da tentativa, que conhece o conceito de decisão de praticar o fato (*Tatentschluss*). Antes do início da execução há uma decisão de praticar o fato, o que significa que a decisão de praticar o fato gera o perigo de que se cometa uma tentativa". Ainda assim, o pensamento não pode, jamais, ser punível. O que se extrai disso é que não basta que um fato seja perigoso para justificar uma intervenção, especialmente uma intervenção jurídico-penal.

Importante, para definir também a esfera inviolável, a ideia força de "universalizabilidade". Este conceito denotaria que a esfera nuclear privada deve representar área praticável por todos, de forma que não se converta em um privilégio de poucos. Explica o autor que "isso significa que um comportamento só pertence à esfera de autonomia se a sua prática por um indivíduo não exclui que outros indivíduos também o pratiquem. Ou seja, a autonomia de um indivíduo *não pode colidir* com a de outro, pois senão uma autonomia prevaleceria às custas da outra – a autonomia de um valeria mais do que a do outro – e se teria num privilégio".[59]

Técnicas para concretizar a universalizabilidade referem-se à analogia ("*considerações de coerência*. Comida gordurosa, álcool, masturbação, tatuagens ou esportes perigosos são todos permitidos. Também as nossas reflexões tomaram como base um caso paradigmático, o dos pensamentos. Esses comportamentos não só são atualmente impunes, como eles tampouco parecem passíveis de punição"),[60] bem como o recurso à tradição liberal ("alguns comportamentos pertencem já ao núcleo tradicional de certos direitos humanos. Seria absurda uma proibição de rezar ou de crer. Mal se consegue imaginar uma proibição de ler").[61]

59. GRECO, Luís. *Posse de droga*... cit., p. 90.

60. Idem, p. 91.

61. Idem, ibidem.

Já aplicando estes critérios para a posse de drogas para uso pessoal, conclui o autor que a conduta estaria dentro da esfera nuclear privada. Especificamente quanto à perigosidade, explicita que "perde-se de vista que, se perigosidade e danos indiretos indicassem que se saiu da esfera privada, até pensamentos poderiam ser punidos".[62]

6. CONCLUSÃO

Ao longo da exposição, procurou-se, inicialmente, formar um arcabouço teórico que sustenta uma formação do direito penal referida sempre à pessoa humana, protegendo e, especialmente, respeitando os direitos humanos.

Com isso, chega-se a um modelo de intervenção jurídico-penal marcado por diversos limites, que são dados tanto pela teoria crítica do bem jurídico, como por limites intrínsecos, ligados à legalidade, proporcionalidade e respeito de direitos individuais quando da atuação coativa.

Sob este paradigma, foi analisada a legitimidade penal (especialmente diante da Constituição Federal) da proibição *criminal* da conduta de portar drogas para uso pessoal. A análise concluiu pela inconstitucionalidade da incriminação, justamente por violação da lesividade (a conduta não importa ofensa a direitos alheios, mas apenas provoca lesão à saúde individual do usuário) e da vida privada (a proibição revela indevida ingerência no âmbito interno, revelando preferências meramente morais, em atuação clara de paternalismo direto).

Não obstante, a importante questão dos "efeitos sociais indiretos indesejados" também foi enfrentada, sugerindo-se dois caminhos: o emprego de métodos hermenêuticos que, nesta tarefa, levem em consideração dados empíricos; o manejo do conceito da esfera nuclear privada.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, jan. 2014.

BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. New Delhi: Sage, 1992.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação* contra legem. *A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

62. Idem, p. 92.

COMPARATO, Fábio Konder. O abuso nas patentes de medicamentos. In: *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

GRECO, Luís. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de consumo próprio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 87. São Paulo: Ed. RT. nov.-dez., 2010.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 82. São Paulo: Ed. RT. jan.-fev., 2010.

HIRSCH, Andrew Von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 67. São Paulo: Ed. RT. jul.-ago., 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Edições 70 Brasil, 1991.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991.

_____. *Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. p. 41.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Livro primeiro. In: *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado. Introdução e notas de Paul-Arbousse Bastide e Lourival Gomes Machado. São Paulo: Abril, Coleção Os Pensadores, 1973.

_____. Cartas morais. In: *Carta a Christophe de Beaumont e outros escritos sobre a religião e a moral*. José Oscar de Almeida Marques (org.). Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZAFFARONI, E. Raúl. BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Drogas e direito penal mínimo: análise principiológica da criminalização de substâncias psicoativas, de Otávio Dias de Souza Ferreira – *RBCCrim* 75/183-235 (DTR\2008\661);
- O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir, de Fábio Roque da Silva Araújo – *RT* 882/339 (DTR\2009\302); e
- Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo uma ainda necessária reflexão, de Luciano Anderson de Souza – RBCCrim 88/167-186 (DTR\2011\1164).

A punição deve existir! Deve existir o direito penal?

Strafe muss sein! Muss strafrecht sein?

Sebastian Scheerer

Professor do Departamento de Criminologia da Universidade de Hamburgo (Alemanha).
sebastian.scheerer@wiso.uni-hamburg.de

Tradução de Raphael Boldt

Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com estágio doutoral na Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt am Main). Pesquisador Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Espirito Santo (Fapes). Advogado.
raphaelboldt@hotmail.com

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: A punição sempre existiu. Ela é tão eterna quanto a felicidade e a infelicidade das pessoas, seus impulsos e sua compulsão à reflexão. Ela é tão eterna quanto a ordem normativa da sociedade e qualquer outro componente da *conditio humana*. Mas isso se aplica também ao direito penal? O direito penal também é eterno? Essas são apenas algumas das perguntas que norteiam este texto e que suscitam questões ainda mais profundas e complexas sobre o papel do Estado e do direito penal na sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Direito penal – Punição – Estado – Abolição.

Abstract: The punishment has always existed. It is as eternal as the happiness and unhappiness of the people, his impulses and his compulsion to reflection. It is as eternal as the normative order of society and any other component of the *conditio humana*. But this also applies to criminal law? Is Criminal law also eternal? These are just some of the questions that guide this text and raise even more profound and complex questions about the role of the state and criminal law in contemporary society.

Keywords: Criminal law – Punishment – State – Abolition.

Pelo[1] fato de conhecermos castigos desde a infância, acreditamos que eles são naturais – talvez não em todas as suas formas e a qualquer pretexto, mas em prin-

1. Título original: Strafe muss sein! Muss Strafrecht sein?, publicado em: Bollinger, Lorenz; Lautmann, Rüdiger (Hrsg.). *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. p. 69-78. N. do T.: o tradutor agradece ao professor Sebastian Scheerer pela confiança demonstrada ao autorizar a tradução deste e de outros artigos de sua autoria, bem como pelas inúmeras e relevantes contribuições para a pesquisa realizada durante estágio doutoral na Alemanha.

Scheerer, Sebastian. A punição deve existir! Deve existir o direito penal?. Tradução de Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 363-372. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

cípio temos consciência (e também inconscientemente) de que eles são indispensáveis. Pensemos apenas nos castigos impostos pela família. Muitos pais aprenderam a educar os filhos sem bater e que a surra, outrora uma instituição pedagógica, é, no entanto, violência que estigmatiza os filhos. Mas, com isso, os castigos foram realmente abolidos ou transformados em uma variedade infindável de proibições, como a de assistir televisão e ficar acordado, ou mesmo o corte da mesada e outras sanções ligadas ao contato e ao consumo? Antigamente eram as surras, hoje sofremos com sanções de desaprovação com o olhar, ostracismo social e privações de carinho. As punições podem se tornar mais brandas, mas poderiam também desaparecer? (e é a brandura realmente mais suave?) Uma sociedade que se sustente sem sanções negativas provavelmente nunca existirá, afinal, elas são um mal necessário, o mal necessário por excelência.

Pode-se continuar e reduzir a punição à sua forma original de reação reflexa e repulsiva contra perturbações externas, que Franz von Liszt classificou como ação compulsiva e sobre a qual afirmou: "Como o animal, assim reage o homem primitivo contra perturbações externas, sejam elas provenientes de criaturas racionais ou irracionais, tenham elas o seu motivo no domínio das forças da natureza; assim, a reação existe como autoafirmação por meio da erradicação ou lesão ao autor sensitivo da perturbação".[2] Assim era visto o castigo desde o início, de modo que não há razão para admitir que em algum momento deixe de existir. O castigo estava no início (expulsão do Paraíso) e estará no fim (Juízo final). Ele é o Alfa e o Ômega da sociabilidade humana.

Uma sociedade completamente sem punição parece algo "utópico", o que também é um eufemismo, pois um olhar para os modelos novos e aperfeiçoados de coabitação nos mostra que a punição em si nunca foi totalmente banida das utopias literárias. Nas utopias primitivas de Thomas Morus havia algumas poucas leis que, no entanto, não podiam ou não queriam abdicar das penas. Embora o castigo público fosse subsidiário (ou seja, os maridos puniam suas esposas, os pais seus filhos e, somente se eles tivessem cometido algo muito grave, haveria a punição pública),

2. LISZT, Franz von. Marburger Universitätsprogramm 1882. *Der Zweckgedanke im Strafrecht. ZStW.* 3. (1883). Citado em: LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge.* 1. Band, 1905. Nachdruck Berlin, 1970, p. 126-179; JÄGER, Herbert. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung.* Stuttgart: F. Henke, 1957. Na recepção do pensamento de von Liszt, Naucke apresenta em um artigo um recorte que permite incluir a totalidade do direito penal em sua política criminal. NAUCKE, Wolfgang. Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882. *ZStW.* 94. Berlin: de Gruyter, 1982. Tentei sugerir e dar continuidade a esta perspectiva em: SCHEERER, Sebastian. Die soziale Aufgabe des Strafrechts. In: PETERS, Helge (hrsg.). *Muss Strafe sein?* Opladen, 1993 (N. do T.: texto que traduzimos e será publicado em breve na *Revista de Estudos Criminais* com o título *A função social do direito penal*).

ainda assim era aplicado e, geralmente, consistia em trabalhos forçados: "Caso eles agissem indisciplinadamente e contrariamente a este tratamento, então certamente seriam espancados até a morte como animais selvagens que nem mesmo jaulas e correntes são capazes de domar".[3]

Em Lilliput aparentemente se tentou substituir o sistema de castigos aplicados em virtude de transgressões à norma por um sistema de recompensas pelo cumprimento da norma, para, com isso, tornar a punição supérflua: qualquer um que pudesse fornecer provas de ter obedecido rigorosamente às leis nacionais por setenta e três meses seguidos, conseguia obter certos privilégios em sua ocupação e em suas condições de vida, podendo então postular um prêmio em dinheiro que seria retirado de um fundo. Além disso, retinha o título de *Snillpall* (o cumpridor da lei), que ele levaria com seu nome, mas que não poderia transmitir para seus descendentes. Em Lilliput a justiça era tão prudente que em vez de a estátua da justiça ter os olhos vendados, possuía seis olhos: dois à frente, dois atrás e um em cada lado da cabeça. Mas mesmo lá, onde se estava inclinado muito mais para recompensas do que para penas, o governo não deixava de punir. Assim, por exemplo, detratores incorreram "prontamente em uma morte ignominiosa", pois a fraude era, aos olhos dos cidadãos de Lilliput, um crime mais grave do que o roubo, razão pela qual "era punida com a morte na maioria dos casos".[4]

Então está resolvido: a punição deve existir. Sem norma e sanção não é possível viver e talvez seja mesmo algo bom que exista punição em quantidade suficiente. O que se intitula seguramente de "sanção negativa": causar desvantagens. Mas essas desvantagens têm o seu lado bom, não apenas porque sem sanções não há normas, sem normas inexiste ordem social e sem ordem social não haveria vida para o "animal não fixado" (Nietzsche), mas porque as desvantagens causadas ao sancionado, em última análise, também fazem bem a ele próprio. Não há punições que no final das contas fazem bem ao indivíduo punido, permitindo, por exemplo, que ele venha a refletir ou que lhe forneçam uma formação profissional e, com isso, novas oportunidades de vida? Tal situação não é a regra, mas também não deve ser a extrema exceção, como mostram algumas instituições menores e diferentemente organizadas. Assim, talvez se possa realmente afirmar, conforme Peter Noll, que a pena "na verdade é um mal necessário, mas não é necessariamente um mal".[5]

Até aqui a conversa foi apenas sobre a punição, não sobre o direito penal. Pelo menos, não explicitamente. A punição, isso é certo, estava lá desde o início. Ela é

3. MORUS, Thomas. Utopia. In: HEINISCH, Klaus J. (hrsg.). *Der utopische Staat. Morus: Utopia, Campanella: Sonnenstaat, Bacon: Neu-Atlantis*. Reinbek, 1960. p. 83.

4. SWIFT, Jonathan. *Gullivers Reisen* (1726). Stuttgart, 1979. p. 25.

5. NOLL, Peter. Die ethische Begründung der Strafe. In: NOLL, Peter. *Gedanken über Unruhe und Ordnung*. München, 1988. p. 99.

tão eterna quanto a felicidade e a infelicidade das pessoas, seus impulsos e sua compulsão à reflexão. Ela é tão eterna quanto a ordem normativa da sociedade e qualquer outro componente da *conditio humana*. Mas isso se aplica também ao direito penal? O direito penal também é eterno?

Para a maioria dos professores de direito penal não há dúvidas a respeito. Embora possa ter sido diferente no tempo dos Neandertais, pelo menos desde que as pessoas, em sua generalidade, "conferiram formas mais ou menos sólidas à convivência, existe o direito penal e a sua consequência jurídica, a pena", escreve, por exemplo, um dos mais conhecidos professores de direito penal da Alemanha, o *spiritus rector* da reforma penal das décadas de 1960 e 1970, Jürgen Baumann.[6] Do "fato de que ainda nenhum Estado e nenhuma sociedade tenham se sustentado sem pena ou medidas penais semelhantes à pena", se depreende uma garantia de existência para o direito penal. Punição e direito penal se tornam basicamente um. Assim como deve existir a punição, deve haver também o direito penal. Não é necessário legitimá-lo metafisicamente, mas também não faz sentido nenhum almejar a sua abolição, afinal, o que sempre existiu, continuará a existir no futuro.

Em relação a essa retrospectiva feita por Baumann, as opiniões são, no mínimo, divididas e os diagnósticos distintos daquilo que ele quer nos fazer acreditar. Foucault datou o "nascimento da prisão" entre 1760 e 1840. A prisão não teria existido desde sempre. Achter datou o "nascimento da pena" no século XII. A instituição do castigo público, entendido em sentido semelhante ao atual, seria, portanto, algo antigo, porém, jamais eterno. No mesmo sentido o direito, entendido normalmente como a espécie normativa que se diferencia de outras normas por oferecer um "aparato coercitivo" (Max Weber) que assegura o seu cumprimento e cuja violação se deve punir. O direito diferencia-se de outras normas não apenas por seu conteúdo, mas também formalmente – por meio da existência de sanções jurídicas e de seu aparato coercitivo. Logo, seria o nascimento do direito penal um correlato do surgimento do Estado e também um fenômeno mais recente do que se imagina. Se a prisão, a pena e o direito penal não formam um complexo atemporal, mas são "invenções" determinadas por constelações sociais, então é simplesmente incorreto, como o faz Baumann, estilizar o direito penal e a pena criminal como formas de controle universais. Na "anarquia regulada" (Max Weber) da sociedade sem dominação que há muito tempo caracterizou a história da humanidade, havia de fato comportamentos anômalos e sanções contra a transgressão à norma, mas não existiam o direito penal e pena criminal.

O controle social não é aqui repressivo, mas busca a reintegração do desviante, a reparação de eventuais danos, o restabelecimento do *status quo*, a pacificação e a

6. BAUMANN, Jürgen. Strafe als soziale Aufgabe. *Gedächtnisschrift für Peter Noll*. Zürich: Schulthess, 1984. p. 27.

delimitação do conflito. Somente com as classes sociais, com a dominação e a organização estatal da sociedade surge o conflito antagônico, que não pode mais ser solucionado conforme o interesse da maioria dos membros da sociedade ou de toda a coletividade. Determinadas preferências devem, com isso, ser apoiadas coercitivamente, ou seja, protegidas por normas jurídicas, e as sanções contra atos que contradizem os interesses particulares assim protegidos revestem-se da forma de penas criminais repressivas.[7]

Condutas indesejadas e reprováveis e sanções negativas são, na verdade, "fenômenos sociais totais" (Marcel Mauss), mas a punição no sentido mais restrito do direito penal e o próprio direito penal não o são. Eles não se tratam de formações universais, mas específicas, que historicamente são relativamente recentes e que há muito tempo atuam de modo obsoleto, razão pela qual a postulada pretensão de eternidade exposta por Baumann deve ser consideravelmente relativizada.

A retrospectiva apresentada por Baumann provavelmente não é despropositada, mas se dá pelo futuro da política criminal. De maneira geral, aparentemente ele quer "esclarecer que não se pode caminhar rumo à abolição do direito penal nem à integração transcendental ou mesmo para uma repaginação ética e religiosa desse direito". As vozes que advogam pela abolição do direito penal são, na verdade, "eventualmente potenciais Best Sellers", mas, de jeito nenhum, "novas e originais"; por fim, deve-se ir ao ponto de trazer de volta para o terreno dos fatos a excessiva ideologia do direito penal. Deve haver direito penal. Ele não é nem sagrado nem mal, senão um simples meio de se realizar política social. É evidente que se poderia refletir sobre o direito penal eticamente e moralmente, a partir da religião e do direito natural, mas no âmbito do Estado moderno o direito penal pertence às "funções sociais do Estado" e possui "apenas uma função social, abdicando de quaisquer tarefas éticas, morais e religiosas".[8]

Essas são palavras claramente desmitologizadoras, que expressam muito mais do que a opinião de apenas uma pessoa. Por trás estão ideias que retornam até pelo menos Cesare Beccaria e sua obra *Dei delitti e delle pene*, de 1764, e que foram reproduzidas a cada geração, reformuladas, sofisticadas, mudando conforme o quadro de referência de forma a se adaptar ao discurso dos penalistas. Ideias que foram

7. HESS, Henner; STEHR, Johannes. Die ursprüngliche Erfindung des Verbrechens. *Kriminologisches Journal (KrimJ)*. 2. p. 18. Beiheft, 1987. Tese com base em: WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen, 1976. 5. Aufl. Semelhante em: GEIGER, Theodor. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Neuwied und Berlin, 1964; WESEL, Uwe. *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*. Frankfurt am Main, 1985; FOUCAULT, Michel. *Überwachen und Strafen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976; ACHTER, Viktor. *Geburt der Strafe*. Frankfurt a.M.: Vittorio Klostermann, 1951. A conhecida crítica a Achter não se aplica aqui (Conferir, por exemplo: SPIERENBURG, Peter. *The Spectacle of Suffering*. Cambridge, 1984).

8. BAUMANN, Jürgen. Op. cit., p. 28.

apresentadas por Franz von Liszt em seu "programa da Universidade de Marburgo em 1882" com nova vivacidade e que foram reformuladas de maneira vibrante por autores como Gustav Radbruch e Eberhard Schmidt. A mensagem está transcrita e pode ser encontrada em Jürgen Baumann que, desde o iluminismo penal, sempre replicou a doutrina majoritária e seus discursos legitimadores: écrasez l'infâme, abaixo o religioso, o metafísico e qualquer justificação do direito penal que não seja utilitarista. O direito penal tem somente uma função social. Os tipos penais morais devem desaparecer, bem como todas as outras leis penais que pretendem estigmatizar com a adoção de uma visão de mundo a visão de outro grupo. O direito penal é proteção de bens jurídicos e nada mais do que isso, razão pela qual apenas a pena que se volta tão somente para a proteção de bens jurídicos é necessária e justa. "A pena adequada, isto é, justa, é a pena necessária."[9] Essa posição, ainda um tanto radical em 1882, tornou-se dominante em 1984. Também por isso pôde Baumann limitar-se ao estilo taquigráfico.

Nos anos 1970 e 1980 a "função social" do direito penal era o grito de guerra dos modernizadores. Naquele tempo a sociologia encontrava-se às portas da jurisprudência, na qual se introduziu poderosamente nos anos 1970. Nos anos 1980, a ideologia da "função social" já não tinha concorrentes consideráveis e se tornou hegemônica. Entretanto, é chegado o momento de uma retrospectiva sóbria em relação às nossas boas intenções e suas consequências paradoxais.

No final das contas, não se recebeu bem o "grande salto adiante" do direito penal, o salto da legitimação metafísica em direção à função social que proclamou confiantemente a "despedida de Kant e Hegel" (Ulrich Klug). Em algumas áreas a reforma não apenas "ficou parada no meio do caminho e não trouxe mudanças profundas", de modo que a árdua condição alcançada "parecia instável e sob o risco de uma recaída" (Herbert Jäger), ameaçada que estava a relativa liberdade que se dispunha.[10] Quanto mais se limitasse o direito penal à sua finalidade social, esperava-se, menor seria a sua dimensão. Todavia, ocorreu exatamente o contrário. O direito penal moderno, social, empiricamente projetado, não encolheu a um patamar mínimo, mas se expandiu como nunca antes em sua história. Em vez da prometida racionalização,

9. LISZT, Franz von. Marburger Universitätsprogramm... cit. Citado em: LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze*... cit., p. 161. Conferir, sobre a fundamentação utilitarista do direito penal: BECCARIA, Cesare. *Über Verbrechen und Strafen*. Frankfurt a.M.: Insel, 1966. p. 48. Orig. Livorno, 1764.

10. JÄGER, Herbert. Möglichkeiten einer weiteren Reform des Sexualstrafrechts. In: DANNECKER, Martin; SIGUSCH, Volkmar (hrsg.). *Sexualtheorie und Sexualpolitik*. Stuttgart: F. Henke, 1984. p. 67; JÄGER, Herbert. Entkriminalisierungspolitik im Sexualstrafrecht. In: JÄGER, Herbert; SCHORSCH, Eberhard (hrsg.). *Sexualwissenschaft und Strafrecht*. Stuttgart: F. Henke, 1987. p. 1; KLUG, Ulrich. Abschied von Kant und Hegel. In: BAUMANN, Jürgen (hrsg.). *Programme für ein neues Strafgesetz*. Frankfurt am Main: Fischer, 1968. p. 36-41.

experimentou-se um impulso irracional. Em detrimento da reorganização, a proliferação. A afirmação de que o direito penal seria considerado apenas como *ultima ratio* e último recurso da política social significava para o legislador que este deveria "certificar-se, antes de uma criminalização, se existiam possibilidades externas ao direito penal para a prevenção de danos, de modo a tornar a regulação penal dispensável".[11] Mas o oposto aconteceu. O conceito de bem jurídico, juntamente com sua função de proteção, tornou-se inócuo. E por fim, o direito penal aplicado às drogas abriu definitivamente seu caminho rumo a um direito penal moderno que "diferencia valores morais em espécie e qualidade na interpretação da realidade"[12] que, na modernidade, não desconsidera perseguições às bruxas.

Os professores alternativos desejavam a humanização da pena, utilizando o "tratamento" como substituto ou complemento, almejavam purificar e modernizar o direito penal, mas eles nunca tiveram a menor dúvida de que o Estado tem o direito e, mais, o dever e a capacidade de organizar a punição. A polícia, o Ministério Público, a Justiça, a execução penal – instituições estatais que em virtude das normas estatais estão "autorizadas" à persecução penal e à execução da pena. O Estado deveria necessariamente existir. O Estado social, democrático, de bem-estar, distribuidor, certamente.

A identificação da punição com o direito penal e a certeza de que a perenidade da punição corresponde à eternidade do direito penal é parte da tradição estadística pouco problematizada ligada ao movimento de reforma do direito penal.

Beccaria já depositara suas esperanças no Estado – e mais ainda o fizera Franz von Liszt. Beccaria pensava os "espaços sem lei" como uma abominação: "No interior de um país não se pode permitir um lugar do qual a lei fosse retirada. Os cidadãos devem seguir o seu poder como a sombra segue o corpo". No século XIX o Estado estava em pleno curso. Para Hegel, a pena estatal tinha sentido não apenas em si ou objetivamente como a realização da razão, mas também subjetivamente, pois representava para o delinquente a verdade, o bom e a reconciliação com a sociedade. Na época, Friedrich Julius Stahl via na "justiça penal", sem hesitação, "o produtor da grandiosidade do Estado por meio da destruição ou do sofrimento de quem se rebelou contra ele". Stahl não era exatamente um reformador penal, mas seria errado acreditar que os progressistas não se deixavam influenciar por esse tipo de adoração ao Estado. Muito pelo contrário. Franz von Liszt, por exemplo, era um fervoroso admirador de Bismarck e enxergava no Estado – semelhantemente a Hegel – apenas a totalidade "da régia superioridade da objetividade sem emoção".

11. JÄGER, Herbert. Entkriminalisierungspolitik... cit., p. 08.

12. Idem, p. 96; BÖLLINGER, Lorenz. Strafrecht, Drogenpolitik und Verfassung. *Kritische Justiz*. 24. p. 393-408. 1991.

Somente o Estado pode determinar objetivamente quais bens jurídicos devem, necessariamente, ser protegidos pelo direito penal com o objetivo de viabilizar a sobrevivência do indivíduo e da coletividade. Apenas ele pode adequar o direito penal ao autor que prejudicou as condições de vida do povo. Somente o Estado possui a capacidade de melhorar o autor do fato, de dissuadi-lo e tornar inofensivos os autores incapazes de serem melhorados. Apenas a ele pode-se também "confiar a seleção do indivíduo socialmente deficiente".[13]

Com o tempo, perdemos a fé no Estado. Por intermédio do marxismo, da psicanálise e da sociologia, nos tornamos céticos; mas principalmente a história nos ensinou a desconfiar da razão de Estado. Nos tornamos "sensíveis aos erros recorrentes do Estado: como razão encarnada, torna-se difícil representar o carrasco e a pena de morte, antes, o juiz nos parece, como disse Nietzsche, 'um carrasco sublimado'. Fosse como para Hegel uma questão de razão da pena, então nossos interesses seriam pelo irracional".[14]

Quem pensa em tortura, genocídio, guerras coloniais e outros crimes praticados pelo próprio Estado, certamente não consegue confiar tanto assim no Estado. Não se trata de um mero gracejo o fato de "o assassinato privado na história não ser capaz de competir com o público".[15] Exatamente o "direito penal alemão", cuja capacidade operacional modernizada e maleabilidade política, em muito atribuída aos reformadores com sua pretensão social, transformou, sem dificuldades, um governo irresponsável em uma ferramenta de assassinatos e ainda hoje – sob as condições, *grosso modo*, de uma organização estatal consciente de sua responsabilidade – certamente não está livre de injustiças e da produção em massa de vítimas da justiça.

Em razão de sua capacidade de selecionar e cometer crimes, o Estado tem sido questionado cada vez mais e de forma persistente, a fim de exercitar um controle social apropriado e justo. Em um estado democrático não se pode admitir que rituais penais reproduzam e ampliem, reiteradamente, a luxúria narcisista do Estado. Em uma comunidade democrática (o que ainda não é, pode vir a ser) o "direito penal" seria gradualmente (novamente) um direito de mediação de conflitos. E poderia ser direito privado. O assim chamado período do direito penal privado não

13. BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 138; BRUNKHORST, Hauke. Sozialtherapie – Schuld – Strafe. In: MÜLLER, Siegfried; OTTO, Hans-Uwe (hg.). *Damit Erziehung nicht zur Strafe wird*. Bielefeld, 1986. p. 17-28. Stahl aqui citado por: RADBRUCH, Gustav. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. Stuttgart, 1952. Sobre a "seleção", ver: LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze*... cit., p. 163.

14. BRUNKHORST, Hauke. Op. cit., p. 18.

15. ENZENSBERGER, Hans Magnus. *Politik und Verbrechen*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1964. p. 17.

foi necessariamente pior do que o do direito penal público. Qualquer coisa seria melhor do que o monopólio penal na mão do Estado.[16] O século XIX foi o século da esperança em relação ao Estado, o século XX foi o do fracasso e o dos crimes do Estado.[17] Talvez o século XXI venha a se tornar o século de uma sociedade civil consciente, que confia em si e que regulará seus conflitos autonomamente e sem atrocidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHTER, Viktor. *Geburt der Strafe*. Frankfurt a.M.: Vittorio Klostermann, 1951.

BAUMANN, Jürgen. Strafe als soziale Aufgabe. *Gedächtnisschrift für Peter Noll*. Zürich: Schulthess, 1984.

BECCARIA, Cesare. *Über Verbrechen und Strafen*. Frankfurt a.M.: Insel, 1966. (Orig. Livorno, 1764.)

BIANCHI, Herman. *Alternativen zur Strafjustiz*. München, 1988.

BÖLLINGER, Lorenz. Strafrecht, Drogenpolitik und Verfassung. *Kritische Justiz*. n. 24. p. 393-408. 1991.

BRUNKHORST, Hauke. Sozialtherapie – Schuld – Strafe. In: MÜLLER, Siegfried; OTTO, Hans-Uwe (hg.). *Damit Erziehung nicht zur Strafe wird*. Bielefeld, 1986.

CHRISTIE, Nils. *Grenzen des Leids*. Bielefeld: Karin Böllert Verlag, 1986.

ENZENSBERGER, Hans Magnus. *Politik und Verbrechen*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1964.

FOUCAULT, Michel. *Überwachen und Strafen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.

GEIGER, Theodor. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Neuwied und Berlin, 1964.

JÄGER, Herbert. Entkriminalisierungspolitik im Sexualstrafrecht. In: JÄGER, Herbert; SCHORSCH, Eberhard (hrsg.). *Sexualwissenschaft und Strafrecht*. Stuttgart: F. Henke, 1987.

_____. *Makrokriminalität*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

_____. Möglichkeiten einer weiteren Reform des Sexualstrafrechts. In: DANNECKER, Martin; SIGUSCH, Volkmar (hrsg.). *Sexualtheorie und Sexualpolitik*. Stuttgart: F. Henke, 1984.

_____. Strafgesetzgebung als Prozess. In: Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag. Köln, 1983.

16. HANAK, Gerhard; STEHR, Johannes; STEINERT, Heinz. *Ärgernisse und Lebenskatastrophen*. Bielefeld, 1989; BIANCHI, Herman. *Alternativen zur Strafjustiz*. München, 1988; CHRISTIE, Nils. *Grenzen des Leids*. Bielefeld: Karin Böllert Verlag, 1986.

17. JÄGER, Herbert. *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*. Frankfurt am Main, 1982; JÄGER, Herbert. *Makrokriminalität*. Frankfurt am Main, 1989.

_____. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*. Stuttgart: F. Henke, 1957.

_____. *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.

HANAK, Gerhard; STEHR, Johannes; STEINERT, Heinz. *Ärgernisse und Lebenskatastrophen*. Bielefeld, 1989.

HESS, Henner; STEHR, Johannes. Die ursprüngliche Erfindung des Verbrechens. *Kriminologisches Journal (KrimJ)*. 2. p. 18-56. Beiheft, 1987.

KLUG, Ulrich. Abschied von Kant und Hegel. In: BAUMANN, Jürgen (hrsg.). *Programme für ein neues Strafgesetz*. Frankfurt am Main: Fischer, 1968.

LISZT, Franz von. Marburger Universitätsprogramm 1882. *Der Zweckgedanke im Strafrecht. ZStW*, 3 (1883).

_____. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. 1. Band, 1905. Nachdruck Berlin, 1970.

MORUS, Thomas. Utopia. In: HEINISCH, Klaus J. (Hrsg.). *Der utopische Staat. Morus: Utopia, Campanella: Sonnenstaat, Bacon: Neu-Atlantis*. Reinbek, 1960.

NAUCKE, Wolfgang. Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882. *ZStW*. 94. Berlin: de Gruyter, 1982.

NOLL, Peter. Die ethische Begründung der Strafe. In: NOLL, Peter. *Gedanken über Unruhe und Ordnung*. München, 1988.

RADBRUCH, Gustav. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. Stuttgart, 1952.

SCHEERER, Sebastian. Die soziale Aufgabe des Strafrechts. In: PETERS, Helge (Hrsg.). *Muss Strafe sein?* Opladen, 1993.

SPIERENBURG, Peter. *The Spectacle of Suffering*. Cambridge, 1984.

SWIFT, Jonathan. *Gullivers Reisen* (1726). Stuttgart, 1979.

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen, 1976. 5. Aufl.

WESEL, Uwe. *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*. Frankfurt am Main, 1985.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Anotações sobre o direito penal nas cartas persas e no espírito das leis: Montesquieu humanista, de Sheila Jorge Selim de Sales – *RBCCrim* 110/401-436 (DTR\2014\18448); e
- Direito penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento, de Ivan Luís Marques da Silva – *RBCCrim* 73/83-106, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 7/205-224 (DTR\2015\10971).

As normas punitivas dirigidas aos índios que viviam nas aldeias comandadas pelos jesuítas nas *reduções* do Paraguai, do Maranhão e do Pará entre os séculos XVII e XVIII

Standards punitive addressed to indians that lived in villages controlled by the jesuit reductions of Paraguay, Maranhão and Pará between the centuries XVII and XVIII

Júlia Teixeira de Melo

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal. Advogada.
juliateixeiramelo@hotmail.com

Quando o português chegou
Debaixo duma bruta chuva
Vestiu o índio
Que pena! Fosse uma manhã de sol
O índio tinha despido
O português
(Oswald de Andrade: "Erro de português").

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O presente trabalho possui como escopo os regulamentos estatuídos pelos padres jesuítas para administração temporal das reduções indígenas com enfoque nas normas penais. Procurou-se durante o estudo contrastar tais regras com as Normas Reais provenientes das Coroas Espanhola e Portuguesa e averiguar se havia, como ao final constatou-se que sim, diferença de tratamento em prol do indígena. Ao final do trabalho concluiu-se que as razões do tratamento um pouco mais tolerante com o gentio ligavam-se mais à necessidade de dominação de alguns grupos indígenas para efetiva ocupação e posterior preservação do território recém-descoberto do que ao caráter magnânimo dos Monarcas e dos padres jesuítas.

Palavras-chave: Regulamentos – Normas penais – Padres jesuítas – Reduções indígenas – Coroas Portuguesa e Espanhola.

Abstract: This work has the scope of the regulations laid by Jesuit Fathers for temporal administration of the indigenous' reductions focusing on criminal law. Sought during the study contrast those rules with the Royal Standards of the Spanish and Portuguese Crowns, and ascertain whether there was, as in the end it was found that yes, differential treatment in favor of the Indians. At the end of the study concluded that the reasons for the treatment a little more tolerant of the Gentile was linked up more of the need to domination some indigenous groups for the effective occupation and subsequent preservation of newly discovered territory than the magnanimous character of the Sovereigns and the Jesuit Fathers.

Keywords: Regulations – Criminal law Jesuit Fathers – Indigenous reductions – Portuguese and Spanish Crowns.

Melo, Júlia Teixeira de. As normas punitivas dirigidas aos índios que viviam nas aldeias comandadas pelos jesuítas nas *reduções* do Paraguai, do Maranhão e do Pará entre os séculos XVII e XVIII. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 375-395. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Colônia Espanhola na América: 2.1 Os aldeamentos dos índios Guaranis na Província do *Paraguay*: 2.1.1 A regulamentação das reduções indígenas – 3. As Missões Jesuíticas no Estado do Maranhão e Grão-Pará: 3.1 As visitas do Padre Antônio Vieira – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas– Anexo A.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho intenta analisar os regulamentos, designadamente as orientações de cunho penal, estipulados pelos padres jesuítas bem como as normas emitidas pelas Coroas Espanhola e Portuguesa voltadas para os indígenas que viviam nas respectivas Colônias da América.

Antes, porém, é necessário que se faça uma advertência ao leitor. A metodologia adotada pelo presente artigo embora meta-discursiva,[1] tem (também) como pilar a análise de textos legais elaborados pelas citadas Monarquias e de escritos deixados por padres jesuítas que integraram as missões estudadas, por tal razão – em função da propensão monocular das fontes – a análise de conteúdos pela história do direito não é inteiramente fidedigna do passado que se pretende estudar. E senão pela parcialidade das fontes com as quais o historiador do direito entra em contato, mas também pela atualidade da lente com que lê institutos pretéritos, não se acredita ser defensável uma perspectiva continuísta ou evolucionista[2] da história do direito.

Portanto, o passado a que se tem acesso – e esta afirmação é tão mais verdadeira a mediada que se acessa períodos mais remotos – é lacunoso e sua percepção na atualidade pode ser disforme consoante as fontes que servem de acesso a ele e a subjetividade das interrogações que se dirige a elas,[3] todavia a medida que o historiador do direito busca compreender o contexto cultural, econômico e social[4] (mé-

1. Uma vez que transforma o direito em objeto de análise sob o prisma de outras áreas do saber, nomeadamente a história do direito, ou para os que preferem a história e o direito, não se limitando à análise interna do direito, ou seja, à dogmática jurídica. Cf.: HESPANHA, 2009, p. 1.
2. Negando também as metodologias continuísta e evolucionista na análise da história do Direito: SABADELL, 2003, p. 25 e ss.
3. Nas melhores palavras do professor da Faculdade de Direito de Coimbra: "Não se enjeita que os documentos só respondem em função das interrogações que se lhes dirigem. Bem sabemos, pela fulgurante lição de Gadamer, que o presente recorta o nosso horizonte hermenêutico do passado. Desde as perguntas eleitas até à escolha dos factos historicamente relevantes que se faz sentir a presença indiscreta do historiador". FIGUEIREDO MARCOS, 2008, p. 27.
4. Assim GROSSI, 2006, p. 35 "E como trama da experiência o direito vive a sua vida, bem inserido no tecido social, econômico e político. (...) O direito não é nunca uma nuvem que

todo da concatenação global)[5] em que está inserido o objeto jurídico que examina, mais se aproxima de uma inteligência que corresponda ao mais possível à realidade passada. Dai a filiação aos dizeres de Figueiredo Marcos de que "Há uma irrecusável coerência global em cada época", por isso deve-se ter por objetivo "compreender o direito mediante o seu todo historicamente integrante".[6] Dentro deste contexto o artigo terá como objetivo contrapor as especificidades de tratamento dispensado aos índios pelas Coroas Espanhola e Portuguesa e as regras utilizadas pelos padres jesuítas na direção das reduções indígenas. Procurar-se-á demonstra, ainda, a legitimidade destas últimas hipóteses de regulamentação, frente às divergências apresentadas entre elas e as normas Reais. E por fim intentar-se-á compreender a razão para a dispensa de um tratamento "especial" para os gentios, tratamento este incentivado pelos Jesuítas e consentindo, ainda que tacitamente, pelas Coroas.

O critério de periodização utilizado foi o jurídico-sociológico de forma que o marco temporal está dividido em duas partes. A primeira parte relativa ao império Espanhol exercido na Colônia Americana que compreende o período de 1609 a 1767, e a segunda relativa ao domínio Português na Colônia Brasileira que vai de 1640 até 1757.

No decorrer do trabalho os termos *reduções*, *doutrinas* e *missões* serão utilizados como sinônimos, embora não se desconsidere que este último seja comumente utilizado para tratar dos aldeamentos indígenas realizados no Brasil Colônia, e que os dois primeiros referiram-se mais frequentemente aos aldeamentos implementados na Colônia Espanhola. No início as reduções referiam-se aos povos indígenas em princípio da conversão, enquanto que as doutrinas eram as "paróquia[s] de índios já estabelecida[s]".[7] Quanto ao elemento subjetivo do marco teórico, entre as várias tribos existentes na América, ater-nos-emos à tribo dos Guaranis.

Ainda nas notas de cunho metodológico ressalta-se que, não obstante a utilização no correr do texto das expressões "direito penal" ou "normas penais" para se referir às regulamentações aplicadas pelos padres jesuítas aos gentios, há variação de significado do instituto tratado em relação ao direito penal atual – a despeito da

flutua sobre uma paisagem histórica. É ele mesmo paisagem, ou, se preferirmos, seu componente fundamental e tipificador".

5. Não desconhecemos as incorreções que a utilização exclusiva do método da concatenação global pode acarretar ao historiador do direito, diluindo sob um mar de fatores genéricos o objeto de estudo, mas acreditamos ser necessária uma visão preliminarmente global, para que então o estudioso dilapide os fatos que mais se conectam e mais relevância apresentam para o seu objeto de estudo – método este da concatenação especial.

6. FIGUEIREDO MARCOS, 2008, p. 27.

7. Nesse sentido HERNANDEZ, 1911, p. 281.

semelhança ou mesmo identidade da terminologia utilizada. As regulamentações empregadas nas missões não decorriam, ao menos não diretamente, do monopólio estatal sobre os mecanismos de controle social (formal), o que já rompe com a noção de normas penais que adotamos atualmente. Todavia, como já pontuado e como se verá mais detalhadamente a seguir tais regulamentações eram ao menos toleradas pelas Coroas Lusitana e Espanhola e tinham como intuito imediato sancionar o gentio e prevenir novas violações, consoante o paradigma inerente à época. De forma que não obstante a divergência semântica dos institutos, se analisados em seus contextos peculiares é possível traçar um paralelo entre eles, justificando-se o emprego da terminologia assemelhada.

2. A COLÔNIA ESPANHOLA NA AMÉRICA

No início do descobrimento das novas terras não se cogitou a possibilidade de elaborar-se uma normativa específica[8] para o *Novo Mundo,* operou-se, então, a transposição maciça das normativas legais Castelhanas. Porém o descompasso entre tais leis e a realidade latente nas terras então "descobertas" impeliu a elaboração de normas específicas voltadas para o Novo Mundo e, posteriormente, normas formuladas no Novo Mundo.[9]

Em 1512 foram elaboradas as *Leyes de Burgos*,[10] tidas como o primeiro conglomerado normativo dirigido especificamente para às Índias, a qual pelo escasso conhecimento do legislador acerca da realidade subjacente na América Espanhola não gozaram de grande aplicabilidade prática. A estas seguiram as Leyes Nuevas[11] de 1542 e em 1680 tem-se a *Recopilación de las leyes de Indias.*

Durante o período das reduções jesuíticas vigorou para o território Colonial Espanhol as duas últimas recopilações citadas, as quais funcionavam como normas especiais, e subsidiariamente tinha-se o Direito vigente em Castela, reunido na *Nueva Recopilacion* de 1567 que vigorou até o início do século XIX. Não obstante a existência de tais normas perceber-se-á no transcorrer do trabalho que os aldeamentos indígenas comandados pelos jesuítas dispunham de uma regulamentação própria, a qual não era de todo desconhecida e nem indesejada pela Metrópole espanhola.

8. BERNAL, 2004, p. 276.

9. O que BERNAL, José Sánchez-Arcilla, 2004, p. 276, denomina de: "derecho indiano criollo" que com a instalação dos vice-reinados em Nova Espanha e em Peru, em meados do século XVI, começou a ser elaborado.

10. Disponível em: [www.uv.es/correa/troncal/leyesburgos1512.pdf]. Acesso em: 23.04.2013.

11. Disponível na Biblioteca Digital Miguel de Cervantes: [www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/public/06922752100647273089079/p0000026.htm]. Acesso em: 23.04.2013.

2.1 *Os aldeamentos dos índios Guaranis na Província do* Paraguay

A respeito das reduções dos índios guaranis realizadas pelos jesuítas na região su-sudoeste da América do Sul, mais especificamente no que à época era a *Província do Paraguay*, cabe-nos fazer uma primeira observação que diz respeito ao espaço territorial ocupado por essas reduções jesuíticas, o qual não correspondia exatamente ao que hoje é a República do Paraguai, segundo Pablo Hernandes "A província religiosa da Companhia de Jesus chamada de Paraguay" ocupava um espaço de quase 10 vezes mais do que os limites da atual República Paraguaia.[12]

Entre as reduções que foram fundadas no início do século XVII San Ignacio Guazú[13] é apontada como tendo sido a primeira de todas elas, fundada em finais de 1609, quando o Padre Provincial Diego de Torres[14] envia àquela região o então reitor do Colégio de Assunção Padre Maciel de Lorenzana. Outras reduções como as instaladas na região do Guairá mais ao leste, também foram fundadas nos primeiros trintas anos do século XVII. Nessa região as primeiras reduções foram a de Nossa Senhora do Loreto no rio Paranapanema e a de São Ignácio Mini no rio Pirapó e foi nessa região que entre os anos de 1622 a 1629 atuou o Padre Antônio Ruiz de Montoya[15] responsável por impulsionar a fundação de mais onze povoados indígenas nesse local. Por volta da década de trinta do século XVII as missões jesuíticas também se instalaram na região do Itatim e do Tape.

Devido à proximidade das supramencionadas regiões com a capitania de São Paulo, território pertencente à Coroa Portuguesa, as reduções nelas instaladas sofreram diversos ataques dos colonos portugueses que viam nas reduções jesuíticas uma boa oportunidade de capturar mão de obra indígena. Apenas para ilustrar, entre os anos de 1628 a 1630 foram capturados mais de "60 U. [sic] almas" das reduções mantidas pelos padres jesuítas, conforme consta na carta transcrita por Montoya[16] datada de 12.10.1637, na qual o governador Pedro Esteban de Avila informa o ocorrido ao rei Felipe IV. Tal situação impulsionou o deslocamento das reduções para o oeste do que era o território da Província Paraguaia.

12. HERNANDEZ, 1911, p. 3-4.
13. Tal redução foi intitulada à data da fundação de *San Ignácio*, mas para não ser confundida com a outra redução fundada na região da Tape da qual era homônima, a primeira ficou conhecida com *San Ignácio Guazú* e a segunda como *San Ignácio Mini*.
14. Com a aquiescência do governador Hernandarias e do Obispo Frei Reginaldo de Lizarraga, conforme estipulado pela *Ley IX, Titulo XV, Libro I* da *Recopilación de las leyes de Indias*.
15. De início o sacerdote jesuíta peruano era missionário tendo depois atuado como Superior da missão.
16. MONTOYA, 1639, § LXXX.

Até que em 1640 os jesuítas receberam do governador do *Paraguay*, D. Pedro de Lugo algumas armas de fogo, e munido de tais armamentos os índios guaranis venceram os colonos portugueses em 1641 na batalha que ficou conhecida como *Batalha de Mborore* e a partir de então as reduções passaram a ser menos atacadas e os índios catequizados ou em fase de catequização puderam estabelecer-se definitivamente nas margens dos rios Paraguai e Uruguai região que ocuparam até a expulsão dos jesuítas no ano 1767, marco temporal final dessa primeira parte do estudo.

Quanto à concessão de armas de fogo aos indígenas uma observação merece ser feita: embora fosse proibida tanto a venda aos índios como a posse por eles de armas de fogo nos termos da *Ley XXXI, do Titulo I, do Libro VI* da *Recopilación de las leyes de Indias* o fato é que a Cédula Real de 1640[17] permite que os governadores possam, se entenderem por conveniente para a defesa dos índios, conceder-lhes algumas armas. Essa autorização pretendeu proteger não só os indígenas das capturas dos colonos portugueses, mas garantir também os limites territoriais da Colônia Espanhola. O que demonstra que em casos pontuais havia expedição de normas Reais que contrariavam até mesmo o Direito especificamente criado para reger a Colônia.

2.1.1 A regulamentação das reduções indígenas

A especificidade dos aldeamentos indígenas comandados pelos jesuítas fez com que fosse necessária a elaboração de algumas normas especiais capazes de manter certa estabilidade e padronização das reduções. No princípio essas normas eram pontuais e tinham sua incidência limitada à própria redução onde surgiam, mas com o aumento no número de índios nas reduções[18] e com a percepção das situações de ocorrência mais constantes teve-se a necessidade de se estipular um regulamento geral, que vinculasse ou ao menos direcionassem os missionários das reduções jesuíticas na solução de questões que apresentassem certa relevância.

O primeiro regulamento geral foi elaborado pela sexta congregação provincial e foi fruto do desejo de padronizar a atuação dos padres jesuítas no âmbito das missões. Assim, na sexta congregação reuniram-se os padres tidos como mais experientes nas missões, foram eles: Antonio Ruiz de Montoya, Francisco Díaz Taño, Claudio Ruyer e Miguel de Ampuero. Eles elaboraram o regulamento que foi enviado a Roma e constituiu-se na primeira Regulamentação Geral das Doctrinas Jesuíticas datado de 1637. Esse primeiro regulamento continha basicamente disposições relativas à organização interna das reduções.

17. Entre os documentos disponíveis no acervo Digital da Espanha não consta esta Cédula Real, porém a mesma está reproduzida no apêndice do livro de Pablo Hernandes, 1911, p. 524, n. 8.

18. Nesse sentido HERNANDEZ, 1911, p. 438.

O primeiro questionamento que se pode fazer diz respeito à legitimidade dos padres jesuítas para elaborarem tais regulamentos que, como se comentará mais a diante, continham disposições que divergiam de algumas normas estipuladas pela Metrópole.

A pesquisadora Brasileira Leda Naud, na obra de quem vimos pela primeira vez os regulamentos, se limita a dizer que a política da metrópole espanhola dirigia-se no sentido de conceder grande autonomia às missões, pois que elas eram úteis aos propósitos de colonização tanto do novo território como também de dominação de seus nativos,[19] o que não é falso. Entretanto, Pablo Hernandez vai um pouco mais além e busca através de algumas disposições tanto da Coroa Espanhola como das Audiências, que eram uma espécie de alto poder judiciário da Colônia, justificar a autonomia "normativa" ou ao menos regulamentadora das missões.

O raciocínio empregado pelo autor (HERNANDEZ, 1991, p. 107) para justificar a legitimidade dos regulamentos passa pela fomentação por parte da Coroa Espanhola para que também nas reduções religiosas se organizasse *cabildos* ou *ajuntamentos* nos moldes dos instituídos nas populações de espanhóis residentes na Colônia, o que se infere da *Ley XV, Titulo III, Libro VI* da *Recopilación de las leyes de Indias*, que estabelecia inclusive que os *alcaldes*, que eram uma espécie de administradores dos *cabildos*, e os *regidores*, que desempenhavam um papel decisório nas reduções deveriam ser preferencialmente índios. Embora, ao que parece, bastasse a autoridade desses *regidore* e *alcaldes* indígenas, por algumas vezes os governadores das províncias do Paraguay e também do Rio da Prata, esta última administração existente desde 1617, tentaram instituir *regidores* espanhóis no âmbito dos *ajuntamentos* de índios, mas sem muito sucesso devido a alguns abusos que esse *regidores* praticavam e também, ou em decorrência desses abusos, pelo não reconhecimento da autoridade de tais *regidores* espanhóis por parte dos índios. Assim aos poucos foram surgindo algumas determinações esparsas que proibiam a instituição de espanhóis para o desempenho de tais funções. Hernandez cita, por exemplo, a determinação de 1666 da Audiência[20] de Buenos Aires enviada ao Governador D. Juan Diez de Andino para que não se pusesse nas reduções de índios guaranis sujeitos espanhóis para administrarem a justiça.[21] E em 1716 o Rei Espanhol determinou de forma definitiva através da cédula real[22] de 28 de junho do referido ano que não se pusesse nos povos das missões do Paraguai *regidores* espanhóis.

19. NAUD, 1964, p. 138.

20. Espécie de alto poder judiciário das Colônias

21. HERNANDEZ, 1911, p. 118.

22. Esse documento não esta digitalizado nos arquivos do site da Secretaria de Estado da Cultura Espanhol, mas tem-se a descrição do conteúdo dele no site e a localização física do mes-

Nas reduções, então, não havia um representante direito da autoridade real, o que acabava por incumbir aos padres jesuítas a tarefa de exercer certo controle dentro das doutrinas. E tendo em conta as particularidades do estabelecimento desse poder eclesiástico sobre os índios os Padres desenvolveram uma regulamentação própria, nota-se que havia certa consensualidade na submissão dos próprios nativos aos padres – ainda que oriunda de um *estado de necessidade* –, caso contrário seria quase impossível que um número tão reduzido de padres conseguisse administrar uma quantidade tão numerosa de índios.[23] E interessante observar, também, que a norma Real de 1575,[24] presente na *Recopilación de las leyes de India* já reconhecia aos Eclesiásticos Ordinários o poder de castigar os índios quando se estivesse em causa questões de fé, embora a mesma lei ressalvasse expressamente que as mortes ocasionadas por feitiçarias seriam de competência da Justiça Real.

Ainda que os religiosos dispusessem de alguma autoridade sobre os índios, autoridade esta assegurada pelos próprios Monarcas, a limitação de tal poder corretivo aos casos relacionados com a fé, não foi o bastante para a manutenção da administração das doutrinas. De forma que se tornou necessária a elaboração de normas próprias, capazes de serem efetivamente implementadas frente à realidade das reduções.

Após a elaboração da primeira Regulamentação pelos padres jesuítas, em 1637, normas pontuais continuaram a ser expedidas por eles, com vista a suprir eventuais lacunas. Com o objetivo de uniformizar as punições dos indígenas em 1687 o Padre Tomás Donvidas, em carta circular de 13 de abril, estabelece as penas que deveriam ser aplicadas a alguns delitos cometidos nas reduções.

E em 1689 o Padre Geral Tirso Gonzalez agrupa essas novas normas reguladoras, incluindo a carta que tratava das punições, e é aprovado o que se chamou de "Regulamento Geral de *Doctrinas*". Foi essa recapitulação geral que vigorou até o fim da administração dos jesuítas. Passemos então a análise de tal regulamento geral com enfoque nas normas relativas às sanções comparando-as com as disposições contidas na *Recopilación de las leyes de India* de 1680 e na *Nueva Recopilación* de 1567.

O número 53 do Regulamento Geral dispunha sobre os castigos a serem aplicados aos índios e os números 30 e 37 também traziam algumas regras relativas à punição. O primeiro ponto que merece ser observado diz respeito à inexistência da

---

mo. Disponível em: [www.mcu.es/archivos/lhe/Consultas/mostrarTitulo.jsp?titulo=056911]. Acesso em: 12.04.2013.

23. LACOUTURE, 1993, p. 453, afirma que em finais do século XVII a densidade do aglomerado de um reduto podia variar entre de 2000 a 8000 "almas".

24. Ley XXXV, Titulo I, Libro VI.

pena de morte. De forma que a pena mais severa era a de prisão perpétua cominada às condutas de envenenamento seguido de morte e ao homicídio. Diferentemente do que era estipulado a este último delito pela *ley iii, Titulo XXIII, Libro Octavo* da *Nueva Recopilación* de 1567, que determinava a imposição de pena de morte aquele que matasse alguém salvo se o fizesse para defender-se.

As práticas tidas como nefastas e bestiais bem como os casos de envenenamento em que não se seguisse a morte do indivíduo seriam sancionados, de acordo com o regulamento elaborado pelos jesuítas, com três meses de prisão e até quatro rodadas de açoite, recebendo o índio em cada uma delas até vinte e cinco chibatadas. Durante o período de punição os índios seriam mantidos acorrentados. Essa sanção também era mais branda do que a prevista no *Libro Octavo,* da *Nueva Recopilación* relativa ao delito denominado de "Pecado Nefando",[25] pois que a sanção estipulada a ele pela legislação vigente em Castela era a queima do sujeito infrator.

As condutas que envolvessem práticas incestuosas entre indivíduos ligados pela consanguinidade ou entre enteados e madrastas, ou sogras; bem como os abortos provocados seriam punidos, de acordo com o Regulamento Geral das Doutrinas, com prisão de até dois meses e durante esse tempo os *delinquentes* receberiam três rodadas de açoites, nesse período os indígenas apenados seriam, também, mantidos acorrentados. E os indivíduos que colaborassem com as práticas abortiva perderiam seus ofícios.

Já a lei que em Castela tratava das práticas incestuosas, além de considerá-las uma forma de heresia e, portanto, sujeitas ao Tribunal da inquisição, determinavam também a perda de metade dos bens do incestuoso.[26]

No Regulamento Geral das Doutrinas não havia sanção prevista para os índios que vivessem amancebados, entretanto tal prática era censurada na *Recopilación de las leyes de India.* Esse diploma, não obstante reprimisse tal conduta, não a sancionava com tanto rigor quando fosse praticada pelos índios, assim, determinava-se expressamente que aos índios não deveriam ser impostas as mesmas penas aplicadas aos demais indivíduos pelo direito de Castela; e às índias que assim vivessem determinava-se a condenação à prestação de serviços a seus povos, não obstante recebessem salário por isso. O que corrobora com a afirmação de que em alguns casos[27] a Coroa Espanhola dispensava um tratamento mais benevolente aos gentios.

25. Lei Primeira, Titulo Veinte i Uno, Libro Octavo da Nueva Recopilación.

26. Ley VII, Titulo XX, Libro Octavo da Nueva Recopilación.

27. Dissemos em alguns casos, pois que havia disposição expressa, designadamente na *ley xvi, titulo VIII, Libro VII,* da *Recopilación de las leyes de India,* que determinava "Que las Iusticias guarden las leyes, y ordenanzas en la ejecución de las penas, aunque sean de muerte." Independentemente de a sentença dar-se contra índios, mestiços mulatos ou espanhóis.

Quanto à bigamia, a preocupação fazia-se sentir nas normas do Regulamento Geral estipulado pelos Jesuítas, as quais determinavam que não se casassem os índios de reduções diversas sem antes ter-se o testemunho escrito do sacerdote da doutrina a que pertencia o índios "estrangeiro". Não obstante a cautela dos Padres para evitar a ocorrência de bigamias, não havia cominação de sanção expressa pelo regulamento para os casos em que tal situação viesse a ocorrer.

É importante mencionar que as penas previstas no Regulamento Geral, excetuando a perda do ofício pelos indivíduos que colaborassem com o aborto, eram estipuladas para os indivíduos do sexo masculino. As índias mulheres recebiam tratamento diferente, pois o castigo era proporcional ao seu sexo e as índias que estivessem grávidas não eram apenadas enquanto durasse a gestação. Também não lhes era cortado o cabelo sem prévia licença do Padre Superior.[28] Ainda quanto à punição, merece destaque a preocupação dos religiosos com a manutenção de certa distância entre eles e as índias. Assim o regulamento previa que as índias não seriam castigadas pelos padres e nem eles poderiam observar o castigo e nem mesmo passar pelo local aonde o mesmo era cumprido.[29]

Por fim, cabe apontar que tanto a *Recopilación de las leyes de India* como o Regulamento Geral das Doutrinas respeitavam algumas tradições e simbolismos indígenas. Pelo disposto na *ley iiii* [sic], *Titulo I, Libro II* da *Recopilación de las leyes de India,* determinava-se que se guardasse a lei que os índios tinham antigamente para seu governo e também as novas que viessem a ser feitas, desde que não violassem as leis reais e os preceitos do cristianismo. Outro ponto relativo à manutenção da cultura indígena pelos jesuítas estava plasmado na *ley v, Titulo XV, Libro I* que trazia a preocupação com o conhecimento da língua dos nativos pelos religiosos que integrassem as doutrinas, fator esse que contribuiu para a preservação da língua tupi-guarani.[30]

---

28. Todos os castigos acima relatados estão previstos no número 53 do Regulamento Geral das Doutrinas (1689).

29. Imposições estabelecidas pelo número 37 do Regulamento Geral das Doutrinas (1689).

30. Embora passível de críticas dada à seletividade operada pelos jesuítas que ignoraram inúmeros outros *dialetos* indígenas existentes nas regiões colônias do século XVI, não se pode negar que foi de grande valia à cultura dos Guaranis a preservação de sua linguagem pelos padres jesuítas, que ao serem impelidos a conhecê-la acabaram por perpetuá-la. Em sentido mais amplo, cabe aqui a consideração de SOUZA FILHO, 1992, p. 149, relativa à limitação cognitiva europeia acerca da diversidade cultural indígena: "Esta determinação de considerar todos os povos indígenas uma única categoria é uma constante na história das relações dos colonizadores com os povos indígenas (...), pela qual os missionários queriam que todos os povos entendessem e se entendessem entre si, fruto de uma religião única e universal. A dimensão do preconceito, discriminação e etnocentrismo está clara nesta tentativa de unificar a religião, a língua, a cultura e o direito, negando a diversidade."

Também havia no Regulamento Geral preocupação com as figuras dotadas de certa relevância dentro da cultura indígena, razão pela qual o número 30 do Regulamento Geral dispunha que não se castigasse os caciques em público e que se procurasse demonstrar estimação, honrando-os em seus ofícios e dotando-os de vestimentas diferentes das dos seus *vassalos*; e mais, estipulava-se que o castigo imposto aos *alcaldes* e aos corregedores dependesse de licença do Superior.

Não obstante, Wolkmer (2004, p. 54) transcreve as informações dos estudos de Arno Kern, que afirma não haver referência a prisões nas missões e, também, o fato de os índios "jamais" serem acorrentados ou algemados, essas informações não encontram respaldo no regulamento das missões, tendo em vista a previsão no número 53 do Regulamento Geral das Doctrinas tanto da pena de prisão perpétua no caso de homicídio, por exemplo, como também a utilização de correntes e algemas durante a execução da pena. Wolkmer (2004, p. 53) também alude, fazendo referência à Arnaldo Bruxel, que a justiça penal empregada nas reduções era medicinal em contraposição a justiça punitiva aplicada na Europa, pois o que se visava era a recuperação do delinquente e não o reestabelecimento da justiça lesada. Não concordamos que essa perspectiva, pois que, além de não restar claro a exatidão do significado pretendido para a expressão "justiça medicinal",[31] o fato dos missionários serem mais complacentes em alguns casos não faz com que o castigo se desse unicamente para recuperação do delinquente, mesmo porque, salvo os casos dos caciques, os açoites ocorriam em praça pública, atendendo mais ao caráter de prevenção geral da punição e ao reestabelecimento da justiça lesada do que propriamente a recuperação do delinquente.

Não há, porém, que se negar o tratamento diferenciado[32] concedido aos índios guaranis pelos jesuítas, ao menos teoricamente, embora se possa deduzir pelo tempo de duração das doutrinas e pela ausência de revoltas significativas dos índios contra os Padres, que este tratamento diferenciado era também efetivado. Não obstante as razões para a concessão de tal tratamento peculiar residissem muito mais no intento de divulgação da fé Católica, tida como a única crença legítima, e nas intenções de aculturação dos gentios americanos, do que propriamente em uma proteção voltada para o respeito das diferenças culturais.

31. Arnaldo Bruxel, 1987, p. 54 apud WOLKMER, 2004, p. 53, parece querer empregar a expressão "justiça medicinal" como significado de justiça correlata à recuperação do delinquente. Não estamos convencidos que este seja um significado possível para a referida expressão.

32. É interessante a disposição contida no número 46 do Regulamento Geral de 1689 que estabelecia que nas reduções onde houvesse poucos ou nenhum cristão não haja castiga de nenhum gênero e que se desestimulasse as práticas não desejáveis com paciência para que não se fizesse odiosa a fé para os infiéis.

3. AS MISSÕES JESUÍTICAS NO ESTADO DO MARANHÃO[33] E GRÃO-PARÁ

"De nossos antepassado caboclos, conservamos, além das modalidades léxicas e syntacticas (...) certas usanças e costumes não jurídicos (...), como um attestado irrecusável de que a raça vencida não era tão desprovida de vitalidade quanto approuve affirmal-o a sobranceria fidalga de alguns escriptores".[34]

A segunda parte do estudo prende-se as missões jesuíticas fundadas no norte/nordeste do Brasil Colônia, designadamente nas regiões do Maranhão e Grão-Pará e tem como marco temporal o período compreendido entre os anos de 1640, ano em que foi publicada a Carta Régia que nomeia como administrador das missões do Maranhão o Superior da Companhia de Jesus,[35] e 1757, ano em que é promulgada a lei conhecida como Diretório dos índios, de junho de 1755.

Esse marco temporal se justifica porque é com o a carta régia de 1640 que se inicia uma relativa prevalência da Companhia de Jesus nas reduções do norte/nordeste do Brasil Colônia, podendo ser apontado como ponto culminante desse processo o Regimento de 1686 que institui aos padres da Companhia de Jesus não só o poder espiritual, que esses já possuíam, mas também o governo temporal e o poder político das aldeias de índios que os Padre Jesuítas administravam.[36] E o limite final marcado em 1757 com o diretório dos índios justifica-se, pois que com essa lei retira-se dos padres da Companhia de Jesus à administração das aldeias.

Durante o período das missões merecem destaque, também, a Lei de 01.04.1680, que proíbe todo e qualquer tipo de cativeiro indígena no Estado do Maranhão não se excetuando mais os caso antes permitidos pela Lei de 09.04.1655, quais eram: (I) quando os índios fossem tomados em justa guerra; (II) quando os gentios impedissem a pregação do evangelho; (III) quando os nativos estivessem presos à corda para serem comidos; e (IV) quando tivessem sido rendidos por outros índios que os tivessem tomado em guerra justa; e, posteriormente, o Alvará de 28.04.1688 que passa a relativizar novamente a proibição de instituir cativeiro aos gentios.

33. A título de curiosidade o Estado do Maranhão, o qual abrangia as capitanias do Ceará, do Maranhão e do Pará, foi criado em 1621 e era independente do Brasil, tendo assim permanecido até 1772. O governador geral responsável por sua administração era designado diretamente de Lisboa, todavia não havia divergências estruturais significativas quanto ao modelo econômico, social e administrativo lá implementado (VIEGAS, João 2004, p. 934).

34. BEVILÁQUA, 1896, p. 221.

35. Por esse diploma legal concede-se aos Jesuítas certa prevalência em relação às demais ordens eclesiásticas no que diz respeito à redução dos indígenas e também estipula-se que caso os Capitães-mores necessitassem de algum gentio dever-se-ia dirigir um pedido aos padre, demonstrando que cabia a estes últimos a disposição dos gentios.

36. N. I do Regimento de 1686.

Quanto ao diploma Real que mais importância teve no supracitado período temporal, o Regimento de 1686, tem-se que ele foi desencadeado pela revolta de 1684, conhecida como a Revolta de Beckman, sobrenome dos irmãos Manuel e Tomás líderes da insurreição. Em linhas gerais os revoltosos insatisfeitos com a proibição de se cativar os índios e com o monopólio estabelecido pela Companhia do Comércio do Maranhão, instituída dois anos antes, rebelaram-se com o apoio de comerciantes locais e outros senhores de engenho na madrugada do dia 24 de fevereiro.

Os revoltosos criaram a *Junta dos Três Estados*[37]que depôs o então governador Francisco de Sá de Menezes, expulsou os Jesuítas e os integrantes da Companhia do Comércio. Para solucionar o incidente D. Pedro II (de Portugal) instituiu também uma junta composta, segundo Mattos (2012, p. 113), por alguns membros do "Conselho Ultramarino, o secretário do Rei, o ex-governador do Maranhão e deputados da Junta das Missões" e na tentativa de conciliar os interesses da Metrópole, dos Jesuítas e de outras ordens religiosas, bem como dos Colonos Português, decretou-se em 1686 o Regimento que vigoraria para as reduções dos Gentios no Estado do Maranhão.

Embora se perceba a prevalência dos interesses dos missionários Jesuítas preconizados no Regimento elaborado em 1686, pois que se manteve a proibição de instituir cativeiro aos indígenas e mais, concedeu-se aos padres o poder temporal e político[38] sobre os índios, houve a preocupação para que a repartição dos índios satisfizesse os colonos. Para tanto a repartição dos gentios que antes era feita em três partes, conforme ordenava a Lei de 01.04.1680, passaria a ser feita em duas partes "ficando uma nas aldeias, e outra indo ao serviço",[39] também se passou a determinar que os Padres da Companhia de Jesus não mais participariam da repartição e que os índios necessários a seus Colégios e residências seriam concedidos por ordem do Governador. De forma que o referido Regimento intentou mediar os interesses conflitantes.

O Regimento demonstrou também preocupação para que não se excetuasse por vias tangenciais a proibição de se cativar os gentios, assim o era que o item VI do Regimento determinava que caso algum gentio se casasse com escravo, não viveriam aqueles na mesma condição desses. Ao revés, o que se previa era que caso os índios tivessem sido persuadidos para o casamento também os escravos que com eles se casassem deveriam ir viver na aldeia, de forma livre; e caso o casamento não

37. MATTOS, 2012, p. 112-113.

38. Não obstante a concessão do Poder político e temporal, o item I do Regimento determinava expressamente que também durante o governo Jesuítico nas aldeias deveria ser observadas as Leis e Ordens Reais.

39. Item XIV do Regimento de 1686.

tivesse sido realizado a custa da persuasão do gentio poderia ele escolher continuar a viver ou não em sua aldeia. Além do mais os índios repartidos receberiam salários, que seriam ordenados pelo Governador mediante conselho e assistência dos Padres, para que não houvesse engano no dito pagamento.[40]

Feita essa breve exposição geral, da conjuntura subjacente à instalação das missões Jesuíticas passa-se agora ao que é o ponto central dessa segunda e última parte do estudo: os castigos aplicados nas missões jesuíticas do norte/nordeste do Brasil Colônia.

3.1 As visitas do Padre Antônio Vieira

> "Dava música, dava canivetinhos, dava a bondade, dava um remédio de casca de pau; vem tupinambá, vem! – dava um espelhinho; vem tamoio, vem! vem caeté! vem carijó! vem, brasil! – anestesiava o índio, tirava o coração vivo para Jesus."
> (Jorge de Lima: "Anchieta")

A semelhança do que ocorreu nas reduções paraguaias também encontramos uma espécie de regimento interno das missões elaborado pelo padre Antônio Vieira que teve o manuscrito encontrado só em 1760 no Colégio do Pará e que Serafim Leite reproduz na íntegra em obra de sua autoria denominada "História da Companhia de Jesus no Brasil". Essa espécie de regimento interno das missões jesuíticas foi elaborada, provavelmente, entre os anos de 1658 e 1661,[41] época em que o Padre Antônio Vieira exerceu a função de visitador das missões do Maranhão, e recebe o nome de *Visita* do Padre Antônio Vieira. No preâmbulo desse documento aponta-se a sua função, que é a de: "Direcção do que se deve observar nas missões do Maranhão ordenada pelo venerável P. Antônio Vieira, visitador geral delas, com consulta de todos os Padres Missionários e aprovada por nosso M. R. P. Geral desde o princípio das ditas Missões, a qual se guardou sempre, exceptuando-se o que se julgou já não se podia observar".

E são os números 37 e 38 dessa *Visita* que mais especificamente interessam para o presente estudo. O número 37[42] trata da correção dos delinquentes e o número

40. Item XI do Regimento de 1686.

41. Data suposta por LEITE, 2004, livro II, Capítulo II, tomo IV, vol. II, p. 39.

42. *Ipisis litteris*: "Os Padres que tem à sua conta as Cristandades, como aquêles a quem pertence o govêrno espiritual delas, poderão repreender, e mandar castigar por si imediatamente os que delinquirem *in spiritualibus*, fazendo executar os castigos ordinários como julgar *in Domino* importar à emenda do delinquente, e o exemplo dos mais; entendendo por castigo ordinário até prisão de 3 dias; mas se o castigo houver de ser grave, ou

38[43] estabelece a maneira pela qual a correção deve dar-se. Nota-se a preocupação com os excessos dos castigos e também a dispensa de um tratamento respeitoso por parte dos Padres aos gentios.

Não há, porém, nas ditas *Visitas* um rol das condutas que deveriam ser reprimidas quando praticadas, previa-se apenas a forma de execução dos castigos. À época estava vigente no Brasil Colônia as ordenações Filipinas, que traziam no livro Quinto as normas de direito penal. Comentar-se-á quatro delas, as quais não eram cumpridas na íntegra no espaço das missões, seja em razão da não execução das penas conforme cominadas, seja devido a disposições Reais que contrastavam de alguma forma com as normas do livro.

A primeira a que se referirá é a norma contida no título XIV que trata do infiel que dorme com cristão, a quem se prevê a pena de morte, porém por não haver aplicação de pena de morte nas aldeias comandadas por padres jesuítas, já aí se descumpre a execução da pena cominada na norma, além do mais é de se considerar o alvará de 04.04.1755 que fomenta o casamento de índios e portugueses.

O n. 2 do título XVII, também do Livro Quinto, trata das relações sexuais praticadas entre parentes (tias, irmã de pai ou mãe; ou com prima coirmã, ou com outra parenta de segundo grau – contado segundo o direito canônico) a que se prevê a pena de degredo: o homem iria para a África e a mulher seria mandada para o Brasil. No caso da pena prevista para a mulher por uma impossibilidade lógica não era executada em termos e muito provavelmente também não o era a pena prevista em relação aos índios homens. Nos livros consultados não existe relato algum sobre índios brasileiros degredados para a África. Além do mais, Ibsen Noronha (2004, p. 71) cita em sua dissertação de mestrado que em 1567 o papa Pio V dispensa os indígenas do Brasil, mas não só eles, do respeito aos impedimentos matrimoniais decorrentes de consanguinidade.

No título XIX, do Livro Quinto, vem previsto a conduta de bigamia e, embora nas *Visitas*[44] do Padre Antônio Vieira se perceba a preocupação para que não ocor-

executado em pessoa de respeito, como de capitão pra cima, não o farão os Padres, sem aprovação do Superior."

43. Nos exatos termos: "Da direcção temporal, que sua Majestade nos encomenda na forma da lei, importa muito que procedamos paternalmente; e sem modos, que cheirem a império, não chamando em nenhum caso nomes afrontosos aos índios, nem os castigando por nossas mãos; o que se entende igualmente quando o direito fôr espiritual, mas o castigo que merecem se lhes dará por meio dos Principais; e geralmente tudo que houvemos de fazer *maxime in temporalibus*, se forem as coisas de momento, convém que o não façamos imediatamente por nós, senão pelos Principais de sua nação, os quais com isto se satisfazem, e nos acrescentamos respeito e autoridade".

44. Número 33, das *Visitas* do Padre Antônio Vieira.

resse esse tipo de prática – devendo os padres, ao realizarem o matrimônio entre índios quando um dos gentios pertencesse a outra aldeia, informarem-se acerca da situação do índio com o padre da aldeia a que o gentio pertencia para que não se casasse duas vezes –, caso os gentios contraíssem duplo matrimonio, pelo menos no âmbito das missões, não eram eles apenados com a morte, pena cominada pelas ordenações filipinas a esses crimes.

Por fim, mencionar-se-á conduta descrita no título XXV, que trata "Do que dorme com mulher casada", a esse delito as Ordenações Filipinas comina a pena de morte, podendo, entretanto, o cônjuge perdoar sua esposa. Porém caso o marido tivesse consentido que a mulher lhe fizesse adultério seriam ambos açoitados e degredados para o Brasil e o adultero seria degredado para a África. Embora essa fosse a pena prevista nas Ordenações Filipinas, o Regimento de 1686 determinava que a pena não se aplicasse nos exatos termos previstos nas Ordenações: "por causa de sua natural fraqueza e ignorância, pela malícia e dolo com que são persuadidas, e por está razão não mereçam igual castigo, nem seja conveniente para o serviço de Deus e meu que vão degredadas para outra conquista (...)".[45]

Apenas a título de curiosidade, na dissertação de Ibsen Noronha, embora relativa a um período anterior, o autor menciona com base também em relatos de Serafim Leite que no Governo de Mem de Sá iniciado em meados do século XVI (1557/8-1572) o governador dirige uma carta ao Rei Dom Sebastião, no ano de 1560, advertindo-o que não se deveria regular a colônia pelas leis do Reino e mais, que se o rei "não for muito fácil em perdoar, não terá gente no Brasil".[46] Na mesma carta, o então Governador menciona ainda o projeto das aldeias de índios ou vilas de gentio, organizadas com a ajuda da Companhia de Jesus onde as penas aplicadas aos delinquentes eram mitigadas e ao que parece havia uma escala de penas feita especialmente para os índios.[47]

O que se percebe, então, é que havia no âmbito das missões jesuíticas instaladas no Brasil a imposição de um tratamento diferenciado de punição e castigo aos indígenas, e que embora também conste na obra de Serafim Leite (2004, Livro II, Capítulo III, p. 49) que o caráter dos castigos aplicados fora das aldeias era meramente punitivo, em contraposição ao caráter medicinal das sanções aplicadas pelos padres, também aqui não se atinge o significado pretendido pelo autor ao utilizar tal expressão, caso seja a punição por meio do tratamento terapêutico do delinquente, não se encontra sustentação para esse tipo de afirmação nos textos legais e nos regulamentos dirigidos às aldeias ou às missões.

45. Item VII do Regimento de 1686.

46. NORONHA, 2004, p. 128.

47. Idem, p. 128-130.

A existência de um tratamento peculiar dispensado aos índios pelos padres era necessária para a manutenção das próprias aldeias, assim, nas palavras do Padre Antônio Vieira, reproduzidas por Serafim Leite (2004, Livro II, Capítulo III, p. 47): "A administração espiritual dos índios, é tão dependente da temporal, que sem esta não se pode conservar aquela". Razão pela qual, no âmbito das normas penais, muitas condutas eram sancionas por regras próprias estabelecidas pelos religiosos. E esse tratamento diferenciado era de certa forma conhecido pelos monarcas que se não o incentivava, ao menos o tolerava, essa afirmação pode ser deduzida da leitura de uma Carta Régia[48] datada de 14.04.1747 na qual o Rei D. João V demonstra certo estranhamento pelo fato dos Padres não aceitarem a intervenção da justiça ordinária, o caso envolvia umas mortes ocorridas na Aldeia de São João do Caeté, o que demonstra que os monarcas não eram alheios de toda a situação de escusa dos índios à Justiça Real promovida pelos Jesuítas.

O auxílio da Companhia de Jesus para a domesticação do *ameríndio* foi inicialmente incentivado pela Coroa Portuguesa até o ponto em que se constatou haver uma relativa estabilidade da presença Real em território ultramarino, assim em 1757 chega-se ao termo final da administração da Companhia de Jesus nas aldeias indígenas, com a promulgação do Diretório Pombalino sobre os índios, o qual retira da Companhia a administração temporal, política e religiosa das missões do Maranhão e Grão-Pará.

4. CONCLUSÃO

Durante o estudo nos ativemos às normas impostas aos índios seja pelos padres jesuítas seja pelas Metrópoles Ibéricas do século XVI, não porquè achemos que as tribos indígenas existentes na América não possuíssem um direito penal regulamentador da vida comunitária, apartado e independente das normas impostas pelos Colonizadores. Mas porque sendo as regras indígenas, em sua maior parte, consuetudinárias e não escritas uma pesquisa acerca delas seriam assaz limitada e talvez nem sempre fidedigna da realidade indígena.

O que se extrai do tratamento dispensado aos gentios Americanos reduzidos pelos Padres da Companhia de Jesus é que havia sim um tratamento especial e por vezes benevolente em relação aos ameríndios, designadamente os pertencentes à tribo dos Guaranis. Entretanto essa proteção estava ligada a uma razão muito mais utilitarista do indígena do que propriamente a bondade e a caridade tanto dos missionários quanto dos Reis das Metrópoles, que de certa forma incentivaram e con-

48. LEITE, Livro II, Capítulo III, tomo IV, vol. II, p. 49, nota de rodapé n. 6.

sentiram em um tratamento mais tolerante aos nativos americanos com fins de ocupar e dominar a terra *descoberta*. E embora a proteção dada tenha sido de um lado positiva, pois que preservou a vida e concedeu, ou pelo menos se defendeu a concessão de um tratamento humanitário a alguns dos muitos povos indígenas que existiam na América do Sul, por outro lado acabou por lhes impor uma cultura julgada em tudo superior, transparecendo uma visão que a época era até aceitável, mas que hoje em dia é bastante criticada, que é uma visão linear e evolutiva das culturas dos povos.

Não se defende que a cultura e os costumes Europeus levados para a América sejam objetivamente negativos, muito menos se propugna pela criação de uma visão *americocêntrica* da realidade dos séculos XVI e XVII, apenas se intenta demonstrar que não houve o estabelecimento de um intercâmbio cultural entre os ameríndios e os colonizadores, ou quando muito, as hipóteses de concessões culturais eram sempre ditadas pelos interesses da Metrópole ou dos padres jesuítas.

As normas dirigidas aos índios tinham por finalidade preponderante muito mais transformá-los em cristão e impingir neles a cultura europeia do que preservar e dessa forma proteger seus costumes. Mesmo porque em uma lógica um tanto quando esdrúxula e paradoxal a *proteção* era concedida direta ou indiretamente pelos próprios agressores.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, José Capistrano de. *Capítulos de história colonial: 1500-1800*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1998.

BERNAL, José Sánchez-Arcilla. *Manual de historia del derecho*. Madrid: Dykinson, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. Instituição e costumes jurídicos dos indígenas brazileiros ao tempo da conquista. *Criminologia e direito*. Bahia: Livraria Magalhães, 1896.

BRUST, Monique. Corpo submisso, corpo produtivo: os jesuítas e a doutrinação dos indígenas nos séculos XVI e XVII. *Revista Aulas: Dossiê Religião*. n. 4. p. 1-32. abr.-jul. 2007.

ESPANHA. Biblioteca Digital Miguel de Cervantes. Leyes Nuevas. Disponível em: [www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/public/06922752100647273089079/p0000026.htm]. Acesso em: 23.04.2013.

_____. Legislación histórica de España. Cédula Real de 1716. Disponível em: [www.mcu.es/archivos/lhe/Consultas/mostrarTitulo.jsp?titulo=056911]. Acesso em: 12.04.2013.

_____. Universitat de València. Leyes de Burgos. Disponível em [www.uv.es/correa/troncal/leyesburgos1512.pdf]. Acesso em: 23.04.2013.

FIGUEIREDO MARCOS, Rui Manoel. *A história do direito e seu ensino na Escola de Coimbra*. Coimbra: Almedina, 2008.

GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HERNANDEZ, Pablo. *Misiones del Paraguay: organizacion social de las Doctrinas Guaraníes de la Compañia de Jesús*. Barcelona: Gustavo Gili Editor, 1911.

HESPANHA, António Manuel. Metodologia de análise do Direito. Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa. 1-10. 2009. Disponível em: [www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_9532.doc]. Acesso em: 01.08.2015.

LACOUTURE, Jean. *Os Jesuítas: a conquista*. Trad. Maria Fernanda Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Circulo de Leitores, 1993. vol. 1.

LEITE, Serafim. *História da Companhia de Jesus no Brasil*. Recife: Edições Loyola, 2004. vol. I e II.

MATTOS, Yllan de. Regimento das missões do Estado do Maranhão e Grão-Pará, de 21 de dezembro de 1686. *Revista 7 Mares*. n. 1. vol. 1. p. 112-122. out. 2012.

MONTOYA, Antônio Ruiz. *Religiosos de la Compañia de iejus*, en las Provincias del Paraguay, Parana, Uruguay, y Tape. Madrid: Imprensa del Reyno, 1639.

FRANZEN, Beatriz Vasconcelos. A presença Portuguesa na Região Platina. *Arquipélago: História*. 2.ª série, IX. p. 141-152. 2005.

NAUD, Leda Maria Cardoso. Considerações sobre a organização e formação política das colônias hispano-americanas e das reduções sacerdotais do sul. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 1. n. 2. p. 136-156. jun. 1964.

NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do direito no Brasil Quinhentista: consonâncias do espiritual e do temporal*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Históricas. Coimbra, Faculdade de Direito de Coimbra, 2004.

PERU. Archivo digital de la legislación en el Perú. Recopilación de las leyes de Indias. Disponível em: [www.congreso.gob.pe/ntley/LeyIndiaP.htm]. Acesso em: 11.04.2013.

PONTES, Beatriz Maria Soares. As bases geopolíticas dos sete povos das missões. Revista de Geopolítica. n. 2. vol. 1. p. 57-71. Ponta Grossa, jun.-dez. 2010.

PORTUGAL. Fontes históricas de direito português. Lei de 11 de novembro de 1595 – Hipóteses de Guerra Justa. Disponível em: [www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=77&id_obra=69&pagina=311]. Acesso em: 10.04.2013.

_____. Fontes históricas de direito português. Carta Régia de 08 de agosto de 1640 – Administração Eclesiástica do Maranhão, e governo dos índios, a cargo do Superior da Companhia de Jesus. Disponível em: [www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=98&id_obra=63&pagina=799]. Acesso em: 10.04.2013.

_____. Fontes históricas de direito português. Lei de Primeiro de abril de 1680 – Lei sobre o Resgate dos índios: Incluída na Lei de 06 de junho de 1755. Disponível em: [www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=105&id_obra=73&pagina=506]. Acesso em: 10.04.2013.

_____. Fontes históricas de direito português. Regimento de 21 de dezembro de 1686 – Regimento da Redução dos Gentios do Estado do Maranhão para o grê-

mio da Igreja, e repartição e serviço dos Índios que depois de reduzidos assistem nas aldeias. Disponível em: [www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=103&id_obra=63&pagina=1194]. Acesso em: 10.04.2013.

_____. *Fontes históricas de direito português*. Alvará de 22 de março de 1688 – Declaração e Modificação ao Regimento de 21 de Dezembro de 1686. Disponível em: [www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=103&id_obra=63&pagina=1232]. Acesso em: 10.04.2013.

_____. Fontes históricas de direito português. Alvará de 28 de abril de 1688 – Diversas providências sobre resgate, cativeiros, liberdade e regime dos índios no Estado do Maranhão. Disponível em: [www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=103&id_obra=63&pagina=1238]. Acesso em: 10.04.2013.

_____. Fontes históricas de direito português. Alvará de 04 de abril de 1755 – Concedendo privilégios aos que na América casarem com Índias naturais do País. Disponível em: [www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=105&id_obra=73&pagina=503]. Acesso em: 10.04.2013.

_____. Fontes históricas de direito português. Lei de 06 de junho de 1755 – Para se restituir aos índios do Pará e Maranhão a liberdade de suas pessoas e bens, menciona também a Lei de 09 de abril 1655. Disponível em: [www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=105&id_obra=73&pagina=506]. Acesso em: 10.04.2013.

_____. Fontes históricas de direito português. Lei de 03 de maio de 1757 – Directório para as Povoações dos Índios do Pará e Maranhão. Disponível em: [www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=105&id_obra=73&pagina=705]. Acesso em: 10.04.2013.

_____. *Fontes Históricas de Direito português*. Alvará de 17 de agosto de 1758 – Aprova o Directório dos Índios do Pará e Maranhão. Disponível em: [www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=105&id_obra=73&pagina=892]. Acesso em: 10.04.2013.

_____. *Livro Quinto das Ordenações Filipinas*. Disponível em: [www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm]. Acesso em: 10.04.2013.

SABADELL, Ana Lucia. Reflexões sobre a metodologia na história do direito. *Cadernos de Direito*. vol. 2. n. 4. p. 25-39. São Paulo: Ed. Unimep, 2003.

SOUZA FILHO, C. F. *Marés de*. O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil. *Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. vol. 15. p. 145-164. 1992.

VIEGAS, João. O Padre António Vieira e o direito dos Índios. *Revista O Direito*. ano 136. V. p. 927. Coimbra: Almedina, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. .ed. Rio Janeiro: Forense, 2004.

ANEXO A

Números 30, 37 e 53 do Reglamento general de Doctrinas enviado por el provincial P. Tomás Donvidas y aprobado por el general P. Tirso (1689)

30. A los caciques principales no se castigue en público, y precedan algunas amonestaciones: a los cuales se procure mostrar estimación, honrándolos con oficios, y en el vestido con alguna singularidad más que sus vasallos. Y a los Corregidores y Alcaldes, no se podrá castigar sin licencia del Superior. A los cuales sin su orden no se ha de despojar de sus oficios: *praecipue* cuando están confirmados por los Gobernadores.

37. Cuídese mucho de la clausura en nuestra casas, de suerte que se eche de ver que lo son de la Compañía; y no entre mujer ninguna de la puerta adentro; ni se les dé a besar la mano; ni nadie castigue por su propia mano, ni asista ocularmente á castigo de mujer, ni en el lugar donde se hace el castigo, por la indecencia; dándose a venerar y respetar como dice su regla: *Omnis se integritatis ei gravitatis exemplum praebat.*

53. Los castigos de los indios se asignen del modo siguiente. Por el nefando y bestialidad, siendo bien probado el delito, tres meses de encerramiento, sin salir más que á misa; y en dichos tres meses se les den cuatro vueltas de azotes de á veinte y cinco por cada vez; y estará todo este tiempo con grillos. El que diere yerbas venenosas y polvos, si al paciente se le siguiere la muerte, será puesto en cárcel perpetúa como el que cometió homicidio. Pero si no se le siguiere la muerte, llevará la pena arriba dicha. En los demás delitos de incestos, así de consanguinidad, y de entenados con madrastas y suegras etc., y aborto procurado, se les encerrará por tiempo de dos meses, en grillos, y en este tiempo se les darán tres vueltas de azotes. Y nunca se pasará de este número. Y a los que incurrieren en esto, se les privará totalmente de oficios. Y a las mujeres se les dará el castigo proporcionado a su sexo, exceptuando a las preñadas, que por ningún caso se las castigara mientras lo están. Y nunca se les cortará el cabello, sin que primero haya licencia del P. Superior.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Processo penal e história – A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo, de Miguel Tedesco Wedy e Raul Marques Linhares – *RBCCrim* 114/379-412 (DTR\2015\9155).

Dinâmica histórica da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil: análise crítica

A historical background of prison sentences in Brazil: a critical analysis

Rodrigo Duque Estrada Roig

Pós-doutor em Direito Penitenciário junto à Università di Bologna (Itália). Doutor em Direito Penal pela UERJ. Professor do Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais e Segurança Pública da UERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.
rodrigoroig@yahoo.com.br

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: Em um sentido crítico, o presente ensaio debate a forma pela qual foi construído o sistema de aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil, estabelecendo a relação entre as sanções penais e os diversos contextos sociopolíticos de nossa história, até os dias de hoje.

Palavras-chave: Direito penal – História – Aplicação da pena – Sanções penais – Crítica.

Abstract: In a critical sense, this paper discusses the way sentencing system in Brazil was built, establishing the relation between criminal punishments and all the different socio-political contexts of our history, until nowadays.

Keywords: Criminal law – History; – Sentencing – Criminal punishments – Critic.

Sumário: 1. Introdução – 2. Concepções penais e prática da privação da liberdade na vigência do Código Penal de 1830 – 3. Concepções penais e prática da aplicação da pena privativa de liberdade na vigência do Código Penal de 1890 – 4. Concepções penais e prática da aplicação da pena privativa de liberdade na vigência da Parte Geral do Código Penal de 1940 – 5. A tentativa de substituição do Código Penal de 1940: a aplicação da pena segundo o Código Penal de 1969 – 6. Aplicação de pena privativa de liberdade na reforma penal de 1984 – 7. Conclusão – 8. Referências.

1. Introdução

Tanto na prática da aplicação da pena privativa de liberdade, quanto na correspondente dogmática penal sobre o tema, é possível verificar uma histórica diversidade de concepções acerca dos fundamentos, funções e limites à intervenção do poder punitivo estatal sobre os indivíduos.

As teorias tradicionais na dogmática brasileira condicionaram as ciências criminais a um debate alicerçado na premissa da justificação das punições, refletindo o

Roig, Rodrigo Duque Estrada. Dinâmica histórica da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil: análise crítica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 397-422. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

contexto sociopolítico de suas épocas. Do mesmo modo, desde o século XIX a política criminal brasileira se notabiliza por uma pendular prevalência dos ideários de reprovação e prevenção, fazendo com que a tarefa de aplicação da pena tenha sido historicamente impregnada, seja através de juízos meramente retributivos, seja por considerações preventivo-gerais, ou ainda, por pretensões neutralizantes e prognoses quanto à personalidade e tendência do indivíduo à prática criminosa.

De qualquer modo, para uma compreensão crítica das razões e formas pelas quais são delineados os atuais critérios de aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil, faz-se necessário perquirir como a dogmática e prática penais brasileiras historicamente enfrentaram a problemática da pena.

2. CONCEPÇÕES PENAIS E PRÁTICA DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO PENAL DE 1830

Vislumbrando a conjuntura histórica precedente ao Código Criminal de 1830, verifica-se que, durante os séculos XVI, XVII, XVIII e parte do XIX, a privação de liberdade no Brasil não constituía uma modalidade de pena, sendo comumente utilizada como instrumento de segregação cautelar do acusado, ou ainda, como forma de assegurar o adimplemento de penas pecuniárias. Assim se verificava nas Ordenações Afonsinas (1500), Manuelinas (1514) e Filipinas (1603).

Vigorava no Brasil, até aquele momento, um sistema penal de cunho privado e corporal, com a predominância das penas de morte na forca, galés, desterro, degredo e imposição de trabalhos públicos forçados, assim como das punições públicas de senhores sobre escravos (açoites). No regime das capitanias, incumbia aos capitães a jurisdição e a mensuração da resposta penal, segundo seu próprio juízo e sem qualquer possibilidade de recurso. Explica Aníbal Bruno, nesse sentido, que "sobretudo no regime das capitanias, o que de fato regia era o arbítrio do donatário, fonte viva de um Direito informal e personalista, com o qual se pretendia manter a ordem social e jurídica (...)".[1]

Muito embora mais tarde, especificamente nos governos gerais, tenha sido criado um corpo de funcionários encarregados de promover a administração da justiça e com competência para a aplicação e execução das sanções penais, não foi substancialmente alterado o quadro de intensa discricionariedade na mensuração da pena e, consequentemente, de abuso por parte dos governantes.[2]

A conjuntura de insegurança e arbítrio na medida das penas manteve-se presente no início do século XVII, já na vigência das Ordenações Filipinas, erigidas como

1. BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1967, t. 1.º, p. 158-159.

2. Idem, p. 159.

mecanismos de imposição de pavor para o fim de perpetuação das estruturas sociais dominantes.

"O absolutismo dos reis, a pressão da ordem religiosa, a mescla íntima entre essas duas fôrças sociais, confundindo o príncipe os seus próprios interêsses com os da Divindade, porque divina era também a origem dos seus privilégios; a necessidade de manter submissos e dentro da ordem os homens, não por convicção ou claro entendimento das coisas, mas pela fôrça do temor dos castigos; as ambições e egoísmo de uns e o sentimento de insegurança e insatisfação de quase todos, tudo isso se refletia naqueles tempos sombrios, nas leis penais, confusas, despóticas e cruéis [sic]".[3]

A mais célebre e contundente passagem acerca da gradação das penas nas Ordenações Filipinas é, porém, atribuída a Batista Pereira, que define o Livro V das Ordenações como um espelho:

"(...) onde se refletia, com inteira fidelidade, a dureza das codificações contemporâneas, era um misto de despotismo e de beatice, uma legislação híbrida e feroz, inspirada em falsas ideias religiosas e políticas, que invadindo as fronteiras da jurisdição divina, confundia o crime com o pecado, e absorvia o indivíduo no Estado fazendo dele um instrumento. Na previsão de conter os maus pelo terror, a lei não media a pena pela gravidade da culpa; na graduação do castigo obedecia, só, ao critério da utilidade. Assim, a pena capital era aplicada com mão larga; abundavam as penas infamantes, como o açoite, a marca de fogo, as galés [sic]".[4]

O utilitarismo das punições, as penas corporais, o amplo arbítrio e o uso da privação de liberdade como ferramenta cautelar não se ultimaram no período colonial, mantendo sua pujança também no início do Império. Para a manutenção deste modelo político-criminal, foi necessário empregar estruturas adaptadas para a privação da liberdade, tais como fortalezas, ilhas, quartéis e navios, além das ainda subsistentes prisões eclesiásticas, em conventos.

Vencida esta breve digressão histórica acerca dos antecedentes do Código Criminal de 1830, passemos à sua análise pormenorizada. A devida compreensão da privação da liberdade e das teorias legitimantes durante a vigência do Código Criminal de 1830 somente pode se dar a partir de seu cotejo com a política criminal da sociedade escravista brasileira do século XIX, marcada pelo confronto entre interesses defensores (grandes produtores rurais) e opositores (ingleses avessos à manutenção do tráfico negreiro, produtores escravistas de outras regiões e atividades etc.) do modelo político-econômico vigente, pela efervescência social nos cen-

3. Idem, p. 161.

4. Apud PIRAGIBE, Vicente. *Legislação penal*, 1932, vol. II, p. 14 e 15.

tros urbanos, encarnada na luta contra a capoeiragem, vadiagem, mendicância e possíveis focos de insurreição escrava.[5]

Por sua vez, a segregação de escravos, notadamente vivenciada na prisão do Calabouço, dava-se fundamentalmente aos recapturados ou enviados por seus senhores para o sofrimento da pena de açoites ou para a permanência correcional durante certo período, sendo certo que o tempo de privação de liberdade era graduado a critério dos próprios senhores.[6] Verificava-se, à época, um profundo entrelaçamento das instâncias penais pública e privada, revestindo de cunho oficial a privatística supressão da liberdade.

Além da confusão entre as esferas pública e privada, a sistemática da privação de liberdade do império também se notabilizou pela conjugação entre regimes preventivo-especiais positivos – cujos alvos principais eram indivíduos livres – e regimes de fortes tendências preventivo-especiais negativas, preventivo-gerais e retributivas, apontadas à admoestação de escravos. A diversidade de escopos penais evidenciava as crescentes tensões entre os modelos liberal e escravocrata e a necessidade de defesa dos interesses sociais, econômicos e políticos hegemônicos.

Reflexo desta dicotomia pode ser vislumbrado na própria doutrina, que se por um lado ainda propugnava uma visão retributiva da pena, erigida à condição de um mal a ser oposto ao mal praticado pelo autor do delito, por outro já sustentava o entendimento, atualmente revitalizado, de que a pena possui como finalidade a restauração da ordem jurídica violada e a reeducação do apenado. As palavras de João Vieira exemplificam a pluralidade de finalidades:

"A pena exprime no seu sentido mais geral um mal, uma dor; considerada especialmente no dominio do direito, exprime um soffrimento infligido pela sociedade áquelle que é convencido de haver praticado uma acção declarada criminosa pela lei. A pena é uma consequência necessaria do delicto (...) A sociedade applicando a pena oppõe uma fôrça social á força individual, reprime a actividade individual de que o delinquente tem abusado. O individuo que foi agente, sujeito do crime, torna-se sujeito passivo da pena e como o crime consiste em um abuso da liberdade humana, tem sua causa nesta, a pena deve consistir também em uma restricção da liberdade do delinquente que tem de sujeitar-se á mesma restricção imposta pela lei. E ou seja a pena a retribuição do mal em que consiste pelo mal occasionado pelo crime, ou seja um motivo que a lei oppõe a um motivo contrario que póde ter o delinquente para praticar o ccrime, Ella justifica-se em um e outro caso [sic]".[7]

5. Nesse sentido, cf. MATTOS, Ilmar Rohloff de. *O tempo saquarema*. Brasília: INL, 1987, p. 57; BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003.

6. Cf. PORTO, Luiz Guilherme Moreira. Legislação penal da escravidão. *RT* 777/490-491.

7. VIEIRA DE ARAUJO, João. *Ensaio de direito penal*. Pernambuco: Typographia do Jornal do Recife, 1884. p. 217-218.

Ilustrando a miscigenação de paradigmas político-criminais díspares, René Ariel Dotti assevera que, nos costumes de nosso país, a prisão como pena foi incorporada não como uma mera ferramenta assecuratória das pretensões da classe dominante, passando também a ser vislumbrada como instrumento corretivo e reformador moral.[8] Ao mesmo tempo, Andrei Koerner recorda que as prisões da sociedade escravista não visavam regenerar os escravos criminosos, sendo certo que "os excessos na punição, sua publicidade e o seu caráter ritual davam à punição dos escravos um caráter de vingança exemplar e de intimidação".[9]

Enfim, todas as agitações sociais verificadas ao longo do século XIX contribuíram para a edificação de uma política criminal disciplinatória, repressora da população escrava e de profunda vigilância a segmentos sociais seletivamente alcançados,[10] política esta tendente a assegurar o regresso conservador.

Embora não considerasse pena a prisão do indiciado de culpa para prevenir a fuga (art. 37), o Código Penal de 1830 passou a fixar, como penas, a prisão com trabalho (art. 46) e a prisão simples (art. 47), a serem cumpridas em regra em prisões públicas (art. 48).

O diploma passou a graduar as penas de prisão, esboçando um rudimentar tratamento individualizador. Apesar de alguns crimes ainda permanecerem sancionados com penas únicas, a maioria subordinava-se a escalas mínimas e máximas de pena, conforme o grau do crime cometido. Levando-se em conta as circunstâncias agravantes e atenuantes, três eram os graus dos delitos: máximo, médio e mínimo. Aos crimes de maior gravidade destinavam-se as penas máximas previstas no tipo. Aos de menor gravidade, as penas mínimas cominadas. Por fim, aos crimes considerados de média gravidade impor-se-ia a pena no termo médio entre os dois extremos (art. 63). Levava-se ainda em conta, na mensuração penal, a sensibilidade do ofendido (art. 19).

De fato, a cominação de graus penais preestabelecidos (mínimo, médio e máximo) deixava o juiz com escasso espaço individualizador, resumido à subsunção do fato a um dos graus legais de reprovação, resultando a pena desta automática operação.[11] Zaffaroni e Pierangelli explicam esta opção político-criminal, asseverando

8. DOTTI, René Ariel. Notas para a história das penas no sistema criminal brasileiro. *RT* 292/1.

9. KOERNER, Andrei. O impossível 'panóptico tropical escravista': práticas prisionais, política e sociedade no Brasil do século XIX. *RBCCrim* 35/214.

10. CARVALHO, José Murilo de. *Teatro de sombras: a política imperial*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1996. p. 229-240.

11. José Antônio Paganella Boschi sustenta que o Código de 1830 "impunha ao juiz o dever de individualizar a pena indicada conforme os graus preestabelecidos (mínimo, médio e máximo), sem qualquer margem de opção. Quer dizer, ele se limitava a constatar o fato, a identificar o grau de reprovação e a declarar a pena correspondente. Seu poder de escolha

que o Código Penal de 1830 apresenta um texto eminentemente retributivo e que "seu sistema de 'penas fixas', tabuladas quase que matematicamente, constitui herança do pensamento francês da Revolução".[12]

Somente duas eram as exceções à rígida predeterminação legal das penas. A primeira delas consistia na possibilidade de o juiz, a seu arbítrio ("parecendo-lhe justo", nos dizeres da lei) fixar ao menor de 17 anos e maior de 14 anos a pena da cumplicidade, mais branda (art. 18, § 10). A segunda exceção destinava-se à imposição de açoites ao escravo não condenado à morte ou a galés. Neste caso, o número de açoites a serem infligidos ao escravo deveria ser fixado na própria sentença (art. 60), não havendo restrições legais expressas ao arbítrio judicial.[13]

As sanções infamantes e corporais, previstas no Código Criminal de 1830, passaram a ser profundamente contestadas no final do século XIX, tornando-se necessária a adequação do sistema penal brasileiro às exigências ideológicas e sociopolíticas republicanas.

3. CONCEPÇÕES PENAIS E PRÁTICA DA APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO PENAL DE 1890

A partir da segunda metade do século XIX, o país passou a se confrontar com a necessidade de proscrição das técnicas punitivas coloniais e de primórdios do Império, alicerçadas na aflição corporal, em favor de modalidades penais consideradas civilizadas pelas nações europeias, notadamente a pena de prisão. A prisão desenvolve-se como mecanismo disciplinar destinado ao proletariado, e sua gradação em medidas de tempo acompanha em certa medida a própria lógica capitalista da mensuração do trabalho e de sua correspondente remuneração.

---

reduzia-se a zero, já que a proporcionalidade era predeterminada na lei". PAGANELLA BOSCHI, José Antônio. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 172.

12. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal. Parte geral*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 191. Com efeito, a edificação do sistema de penas fixas foi a resposta liberal à arbitrariedade judicial característica do regime absolutista, substituindo-se a desmesurada discricionariedade de outrora pelas estreitas amarras legais ao juiz, que passaria a ser, nos dizeres da Escola da Exegese, a simples "boca da lei".

13. Advertia Thomaz Alves Junior: "Se, porém, a lei quer tirar todo o arbitrio ao juiz na applicação da pena, salva todavia algumas excepções onde esse arbitrio se dá (...) percorrendo as disposições do Código encontramos que só em dous casos esse arbítrio é permittido, e vem a ser 1.º na 2.ª parte do art. 18, §10 (...) 2.º no art. 60 (...) [sic]". ALVES JUNIOR, Thomaz. *Annotações theoricas e praticas ao Código Criminal*. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & C. Editores, 1864. p. 469.

Diante dessa nova ordem socioeconômica, a partir o Código Penal de 1890 a pena privativa de liberdade passa a ser vista como a punição por excelência, generalizada.[14] O diploma abole definitivamente as penas corporais e infamantes (penas de morte, galés, açoite e perpétua), limitando temporalmente a 30 anos as penas restritivas da liberdade individual (art. 44). Passa então a estabelecer como penas privativas de liberdade a prisão celular (cumprida em estabelecimento especial, com isolamento celular e trabalho obrigatório, limitando-se o isolamento absoluto ao período máximo de dois anos e com o enfoque no trabalho em comum, com segregação noturna e silêncio durante o dia), o banimento (privação dos direitos de cidadão brasileiro, impedindo o condenado de habitar o território nacional, enquanto durassem os efeitos da sentença), a reclusão (a ser cumprida em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares, sendo cabível, sobretudo, nos crimes contra a Constituição da República e forma de seu governo, nos crimes contra o livre exercício dos poderes políticos e nos crimes contra a segurança interna da República), a prisão com trabalho obrigatório (cumprida em penitenciárias agrícolas ou presídios militares) e a prisão disciplinar (cumprida em estabelecimentos industriais especiais, sendo recolhidos os menores de 21 anos).

Assim como o Código Penal de 1830, seu sucessor de 1890 também reflete a herança francesa da rígida determinação das penas, com vistas à limitação da livre atuação judicial.[15] Seguiu-se com isso a mesma tendência anteriormente verificada, no sentido do estabelecimento de rígidos limites mínimos e máximos à pena de prisão. Prova deste fato reside na preocupação externada no art. 61 do Código, segundo o qual nenhum crime deveria ser punido com penas superiores ou inferiores às que a lei impõe, nem por modo diverso do estabelecido nela, salvo o caso em que ao juiz se deixasse arbítrio (art. 61). A regra era a pena legal. Apenas excepcionalmente a judicial.[16]

---

14. Descrição histórica da pena privativa de liberdade pode ser verificada em PEDROSO, Regina Célia. *Os signos da opressão – Condições carcerárias e reformas prisionais no Brasil 1890 – 1940*. Dissertação de Mestrado em História Social apresentada ao Departamento de História da Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 1995.

15. Nesse sentido, afirmava Bento de Faria: "(...) é claro que o disposto na lei é o que ella impõe que se faça: quando fixou a forma de um castigo foi para que se o execute daquella maneira e não de outra. Infringir o preceito legal, importaria o executor se substituir á mesma lei, o que é absurdo. Se não puder ser executada pelo modo estabelecido, a consequência é que não o poderá ser por outro qualquer, embora d'ahi resulte a impunidade do delinquente. O preceito é terminante [sic]". BENTO DE FARIA, Antonio. *Annotações theorico-praticas ao Código Penal do Brasil*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1929. p. 152.

16. "Em resumo, do art. 61 e dos citados que com elle se relacionam se deduz que a pena sendo em regra legal, póde ser por excepção, arbitraria, podendo nós chamal-a judiciária,

Nas hipóteses em que o Código não impusesse uma sanção determinada, somente fixando o máximo e o mínimo, as penas seriam estabelecidas conforme a incidência de circunstâncias atenuantes e agravantes. Embora o Código considerasse três graus de pena (máximo, médio e mínimo), passou a predominar o entendimento de que cinco eram as possíveis graduações da pena, de acordo com a prevalência de circunstâncias atenuantes ou agravantes (art. 38).

Nesse sentido, Oscar de Macedo Soares, salientando que as regras para a mensuração e aplicação das penas eram estabelecidas pela combinação dos arts. 38 e 62, expôs a discussão doutrinária relativa ao art. 62:

"Entende João Vieira que esse art. estabelece cinco gráos; assim tambem pensam Dias Duarte e Hypolito de Camargo. Outros, como Magalhães Gomes (no Direito, v. de 15 do Agosto de 1891, p. 567) entendem que só estabelece os tres gráos: maximo, médio e minimo. Não sorprehende a controversia, porque, como diz João Vieira, se ha materia, em que os codigos variam é exactamente a da graduação das penas, porque esta depende do systema adoptado. 'Estes systemas tem sido reduzidos a dois, isto é, aquelle em que a lei estabelece os differentes gráus da pena para serem applicados, conforme as circumstancias subjectivas e objectivas que ocorrerem; e aquelle em que a lei, determinando o maximo e o minimo, deixa maior somma de arbitrio ao juiz (...) [sic]".[17]

Convencionou-se, assim, que se o crime fosse acompanhado somente de circunstâncias atenuantes, sem qualquer agravante, a pena deveria ser estabelecida no grau mínimo (art. 62, § 3.º). Havendo atenuantes e agravantes, mas predominando as primeiras, a pena deveria ser aplicada entre os graus mínimo e médio (art. 62, § 2.º). Era o chamado "*grau sub-médio*". No concurso equitativo de circunstâncias agravantes e atenuantes, ou na ausência delas, deveria ser aplicada a pena no grau médio (art. 62, § 1.º). Havendo atenuantes e agravantes, mas predominando as

quando não estando ella precisamente determinada pela lei, nem dependendo rigorosamente do arbítrio do juiz, a este incumbe o respectivo calculo para sua applicação, conforme faculta o art. 62 [sic]". VIEIRA DE ARAÚJO, João. *Codigo Penal commentado theorica e praticamente*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Laemmert & C. Editores, 1897. t. II, p. 302.

17. MACEDO SOARES, Oscar de. *Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, ed. facsimilar, Brasília: Senado Federal, 2004, p. 162. Bento de Faria também sustentava a existência de cinco graus penais: "Na ausência de regras que sirvam de criterio para o modo de applicação entre os gráos medio e maximo, e médio e mpinimo parece-nos que deve ser sempre tomado o meio termo entre os referidos gráos: – entre o médio e o Maximo, quando prevalecerem as aggravantes; entre o médio e o mínimo, quando prevalecerem as attenuantes. Assim, conhecido o médio, que se obtem sommando os gráos Maximo e mínimo e dividindo por 2, somma-se-o com o Maximo e o producto, divide-se por dois, e ter-se-há o sub-maximo. Da mesma forma sommando o médio com o mínimo e dividindo o resultado também por 2, teremos o sub-medio"., BENTO DE FARIA, op. cit., p. 153.

segundas, a pena deveria ser aplicada entre os graus médio e máximo (art. 62, § 2.º), configurando o denominado "grau sub-máximo". Por fim, se o crime fosse acompanhado somente de circunstâncias agravantes, sem qualquer atenuante, a pena deveria ser estabelecida no grau máximo (art. 62, § 3.º).

Em razão da precisa fixação de graus para a pena, por vezes podia-se constatar que "a pena chegava a ser, não só de alguns anos, mas também de meses, dias e horas de prisão. E era o caso de perguntar qual seria a vantagem de reter o sentenciado por mais duas, três ou quatro horas no cárcere".[18]

Crítica a este modelo aponta a desvalorização da individualização judicial, frente à predominância de uma aplicação meramente aritmética da pena:

"Não era o juiz que graduava a pena; também não era o criminoso que servia de objeto a essa graduação; a bem dizer nem era o crime, in concreto, que oferecia as condições dessas dosagens; a soberania do direito penal, na sua adequação prática, que é a arte da aplicação da pena, era exercida, firme e hieraticamente, por esta deusa da medida: a aritmética".[19]

A legislação penal ao longo do século XIX marca, enfim, a transição entre concepções político-criminais distintas, cada uma delas com seus reflexos na determinação da medida da pena privativa de liberdade. De uma concepção liberal ainda baseada no amplo arbítrio judicial e passando por uma visão estritamente contentora da discricionariedade pela força da lei, testemunhou-se nova e gradativa valorização do poder discricionário do magistrado, desta vez catalisada pelo positivista enfoque sobre a pessoa do acusado.[20]

4. CONCEPÇÕES PENAIS E PRÁTICA DA APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA VIGÊNCIA DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL DE 1940

A Consolidação das Leis Penais, promovida pelo Desembargador Vicente Piragibe e editada em 1932, não realizou qualquer modificação nos critérios de mensuração da pena, mantendo em seu art. 62 rigorosamente a mesma redação do também

18. GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 3. ed., rev. e atualiz. São Paulo: Max Limonad, [s.d.], vol. I, t. II, p. 464.

19. VERGARA. Pedro. *Das penas principais e sua aplicação*. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni Editora, 1948. p. 249.

20. "O panorama geral da legislação penal do século XIX reflete momentos políticos sumamente diferenciados, e inaugura o claro paralelismo que se estabelece entre a política criminal e a política em geral, que caracteriza a história legislativa penal do Brasil até o presente momento. O século inicia-se com uma legislação de cunho liberal pragmático que corresponde a um despotismo ilustrado, e culmina com uma orientação liberal clássica, que foi atacada pelo positivismo". ZAFFARONI; PIERANGELLI, op. cit., p. 192.

art. 62 do Código Penal de 1890. Somente a partir do Código Penal de 1940 é que se verificou a eliminação das escalas prefixadas de penas, conforme o número de atenuantes ou agravantes presentes (penas tarifadas).

Rompendo com este predicado aritmético da quantificação da pena privativa de liberdade, o Código passou a abarcar critérios a serem subjetivamente apreciados pelo juízo sentenciante, estabelecendo em seu art. 42 que a determinação da pena aplicável dentre as cominadas, bem como a fixação, pelo juiz, da quantidade de pena aplicável deveria atender aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime.

Nesse sentido, estabelecia a exposição de motivos do Código Penal de 1940:

"Para a individualização da pena, não se faz *mister* uma prévia catalogação, mais ou menos teórica, de espécies de criminosos, desde que ao juiz se confira um amplo arbítrio na aplicação concreta das sanções legais. Neste particular, o projeto assume um sentido marcadamente individualizador. O juiz, ao fixar a pena, não deve ter em conta somente o fato criminoso, nas suas circunstâncias objetivas e consequências, mas também o delinquente, a sua personalidade, seus antecedentes, a intensidade do dolo ou grau da culpa e os motivos determinantes (art. 42). O réu terá de ser apreciado através de todos os fatores, endógenos e exógenos de sua individualidade moral e da maior ou menor intensidade da sua *mens rea* ou da sua maior ou menor desatenção à disciplina social. Ao juiz incumbirá investigar, tanto quanto possível, os elementos que possam contribuir para o exato conhecimento do caráter ou índole do réu – o que importa dizer que serão pesquisados o seu curriculum vitae, as suas condições de vida individual, familiar e social, a sua conduta contemporânea ou subsequente ao crime, a sua maior ou menor periculosidade (probabilidade de vir ou tornar o agente a praticar fato previsto como crime). Esta, em certos casos, é presumida pela lei, para o efeito da aplicação obrigatória de medida de segurança; mas, fora desses casos, fica ao prudente arbítrio do juiz o seu reconhecimento. Com a adoção de tão extenso *arbitrium judicis*, na identificação ético-social visando o ajustamento das medidas de reação e defesa social ao indivíduo, para que ao rotular aprioristicamente subespécies de criminosos?".[21]

A "virada subjetivista" na aplicação da pena privativa de liberdade, promovida pelo Código de 1940, pode ser evidenciada a partir de duas constatações. Importante observar, em primeiro lugar, que das seis circunstâncias judiciais elencadas, quatro (antecedentes, personalidade, intensidade do dolo ou grau da culpa e motivos), recaíam especificamente sobre a pessoa do réu, e somente duas (circunstâncias e

21. BRASIL. Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 – Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940, item 24. Sobre o tema, cf. PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 417-418.

consequências do crime) possuíam natureza objetiva. Não bastasse, em caso de concurso de agravantes e atenuantes, as circunstâncias preponderantes deveriam ser aquelas resultantes dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (art.49), todas, portanto, focadas na pessoa do acusado.[22]

A partir da edição do Código Penal de 1940, eclodiu na doutrina intensa discussão acerca do melhor método de aplicação de pena a ser adotado. Dois entendimentos capitaneavam esta discussão.

De um lado, Roberto Lyra defendia que o magistrado deveria fixar a pena-base partindo-se do termo médio[23] e considerando de modo geral as circunstâncias do art. 42 e, de uma forma especial, as agravantes (arts. 44 e 45) e atenuantes (art. 48). Uma vez fixada a pena-base, sobre ela incidiriam as causas de aumento ou diminuição da pena previstas tanto na parte geral, quanto na parte especial. Tal método, por estabelecer duas fases bem definidas para a determinação da pena, foi comumente denominado de "método bifásico".

Afirmava Lyra:

"Em regra, o juiz, operando entre o mínimo e o máximo da cominação (...), faz a opção em caso de penas alternativas (p.ex.: art. 130 – detenção ou multa), e fixa a quantidade da pena por que optou ou da que foi estabelecida, isolada (...) ou cumulativamente (...). Para êste fim, atenderá, de modo geral, aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime (art. 42) e, de modo especial, às circuns-

22. Diversamente se verificava no Código Penal de 1890 (art. 38) e na Consolidação das Leis Penais de 1932 (também art. 38), em que deveriam prevalecer as agravantes quando preponderassem "a perversidade do criminoso, a extensão do damno e a intensidade do alarme causado pelo crime", ou ainda, quando o criminoso fosse "avesado a praticar más acções, ou desregrado de costumes", prevalecendo por outro lado as atenuantes quando o crime não fosse revestido de circunstância indicativa de "maior perversidade" ou quando o criminoso não estivesse em condições de compreender toda a gravidade e perigo da situação a que se expunha, nem a extensão e consequências de sua responsabilidade. Nesses dois diplomas, é possível notar em certa medida a presença de elementos objetivos que poderiam ser considerados prevalentes (por exemplo: extensão do dano).

23. Sérgio de Andréa Ferreira também sustentou a adoção do critério do termo médio na aferição da pena-base, afirmando: "Para que possa o juiz dosar a pena, individualizando-a, dentro dos limites legais, deverá partir do meio-termo entre o máximo e o mínimo cominados. A partir deste ponto de referência inicial, operam as circunstâncias judiciais e legais, fazendo com que, de acordo com as características do concurso ou cumulação de circunstâncias, a sanção se aproxime de um ou outro dos referidos limites, ou com um deles se identifique, ou ainda, permaneça no termo médio". ANDRÉA FERREIRA, Sérgio de. *A técnica da aplicação da pena como instrumento de sua individualização nos Códigos de 1940 e 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

tâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 44 a 48. Formada a sua convicção pela livre apreciação da prova (...) o juiz, dominando o conjunto da realidade, sem cisões nem etapas, fixará a pena (...). Feita, assim, a fixação, verificará o juiz, tanto na Parte Geral, como na Especial, se ocorrem causas de aumento ou diminuição da pena, as quais não se confundem com as circunstâncias agravantes ou atenuantes. Se não ocorrem tais causas, está concluída a sentença. Se ocorrem, o aumento ou a diminuição se faz sôbre a pena já fixada [sic]".[24]

Tal corrente angariou apoio de parte do Tribunal de Apelação do então Distrito Federal,[25] de São Paulo[26] e do Rio Grande do Sul,[27] sendo doutrinariamente seguida por nomes como Bento de Faria,[28] Galdino Siqueira,[29] José Frederico Marques[30] e Basileu Garcia.[31]

---

24. LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1958. vol. II, p. 188-189.

25. ApCrim 3.200/42, 3.206/42 e 3.344/42.

26. *RT* 171/60.

27. *RJTJRS* 77/87; *RJTJRS* 76/146.

28. FARIA. Bento de. *Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacintho, 1942. vol. II, p. 19 e 31.

29. "(...) seguindo a ordem que deflui dos textos legais, na medida da pena, o juiz a deve fixar, tendo em vista exclusivamente os fatores indicados no art. 42; essa pena será definitiva se não houver circunstâncias modificativas, agravantes ou atenuantes, ou, ainda, causas especiais de aumento ou diminuição; no caso contrário, tornar-se-á uma pena-base para receber as modificações trazidas pelas circunstâncias agravantes ou atenuantes e, em seguida, se houver, o influxo de causas especiais de aumento ou diminuição". SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: José Konfino, 1947. p. 767.

30. "Não nos parece que haja necessidade de separar as circunstâncias judiciais das circunstâncias legais, no juízo que o magistrado formula ao apreciar os elementos apontados no artigo 42. Em primeiro lugar, o exame em bloco das circunstâncias todas do crime é muito mais racional, e também, mais indicado para a individualização judiciária da pena. Em segundo lugar, como bem argumenta Basileu Garcia, as circunstâncias legais não estabelecem cálculo a efetuar, como sucede com as causas de aumento e diminuição de pena (...) Supérfluo seria, assim, separá-las das circunstâncias judiciais, para efeito do cálculo da pena entre o máximo e o mínimo cominados. Nota-se, ao demais, que o artigo 42 manda que o juiz tenha em consideração circunstâncias objetivas, e subjetivas, a gravidade do crime e a personalidade do delinquente, para escolher e fixar a pena-base. Não é muito mais aconselhável que êle tenha uma visão completa e panorâmica dêsses elementos, do que se basear em aspectos fragmentários que só se completarão depois num segundo exame? [sic]". FREDERICO MARQUES. José. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1966. vol. III, p. 248.

31. "Para alguns penalistas, a tarefa de fixação judicial da pena se desdobra em três fases; para outros, em duas. Entre os primeiros está Nelson Hungria. Entre os segundos, Roberto Lyra, com o qual concordamos (...) Parece-nos haver inaceitável artificialismo na separa-

Ao método bifásico de Roberto Lyra se contrapôs Nelson Hungria, que sustentava que o magistrado deveria levar em conta primeiramente as circunstâncias judiciais previstas no art. 42 do CP de 1940, alcançando assim a pena-base. Em seguida, deveria analisar as circunstâncias agravantes e atenuantes, para, ao final, já na terceira fase de determinação, apreciar as causas legais de aumento ou diminuição da pena.[32]

Este método tornou-se conhecido como *método trifásico* de aplicação de pena, contando também com célebres seguidores.[33] A predominância do método trifásico

---

ção do trabalho do julgador em três fases. Duas, sem dúvida, serão imprescindíveis, sempre que existir causa de aumento ou diminuição a atender. Só então surgirá a contingência de fixar-se uma pena-base. Essa designação, corrente em nosso meio, como entre os comentadores italianos, pode ser mantida sem desvantagem. Exprimirá a quantidade fundamental da pena, sôbre a qual se computarão os aumentos e diminuições. Não queremos dizer que a verificação não possa tripartir-se, mas, tão só, que não há necessidade [sic]". GARCIA, op. cit., p. 491.

32. A posição de Nelson Hungria foi por ele mesmo enunciada na carta dirigida ao magistrado Arnaldo Alencar Araripe e publicada nos anais do 1.º Congresso Nacional do Ministério Público: "Meu ponto de vista na questão da medida da pena, V. já o conhece: quando haja agravantes ou atenuantes (arts. 44,45 e 48 do CP) ou causas especiais de aumento ou diminuição de pena, deve ser fixada uma pena-base, segundo os critérios diretivos do art. 42, e sobre ela versarão as majorações ou reduções, primeiramente as resultantes das agravantes ou atenuantes, e, em seguida, as decorrentes das causas especiais de aumento ou diminuição (...) O critério pelo qual propugno não apresenta complexidade alguma. Além disso, é o mais racional e o que melhor controla o arbítrio judicial, que não pode ser exercido sem rei nem roque". Apud ANDRÉA FERREIRA, op. cit., p. 61-63.

33. "Tomando os elementos indicados no art. 42, o juiz fixará a pena – a pena imediatamente aplicada ou que servirá de pena-base, como ponto de partida para os cálculos posteriores, quando existam circunstâncias agravantes ou atenuantes, ou condições particulares de aumento ou diminuição; a pena que se agravará ou se atenuará em face dessas circunstâncias ou condições. Se ocorrerem razões de agravamento ou atenuação, o cálculo da pena se fará em três momentos sucessivos (...). Esta marcha do processo de determinação da pena é a que mais se conforma com a construção que o Código deu à matéria (...) além de mais concorde com o espírito do código, assegura às agravantes e atenuantes o relêvo que êste lhes quis dar. Elas não se apagarão, confundidas com as outras, chamadas judiciais, do art. 42, que são meros elementos sugeridos em um critério orientador, mas virão exercer, de maneira destacada, depois de estabelecida a pena simples, a sua função de exasperação ou abrandamento sobre ela, como nos parece que é o pretendido pela lei [sic]". BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1967. t. 3.º, p. 159. José Duarte, por sua vez, compartilhava do critério trifásico, mas invertia a ordem de consideração das causas de aumento e de diminuição de pena. Para o autor, havendo causa especial de aumento ou de diminuição da pena, estas deveriam ser computadas desde logo, para somente após serem consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes. DUARTE, José. Aplicação da pena – Pena-Base – Inteligência do art. 50. *Revista Justitia* 4/216.

de Nelson Hungria se deu, sobretudo, em função do resultado da 1.ª Conferência de Desembargadores, realizada em julho de 1943, com a presença de representantes dos Tribunais de Justiça do então Distrito Federal e dos Estados.

Ao se debruçar sobre o tema da aplicação da pena, a doutrina lamentavelmente deixa de mostrar como se deu a discussão travada por ocasião da 1.ª Conferência de Desembargadores, presidida pelo Desembargador Edgard Costa. Assim, por sua relevância histórica e importância documental, vale descrever em resumo como transcorreu a discussão.

Iniciando os debates, o Desembargador José Duarte, do então Distrito Federal, reiterou sua adesão ao critério trifásico, porém com a peculiaridade de que invertia a ordem de consideração das causas de aumento e de diminuição de pena, computando-as antes das circunstâncias agravantes e atenuantes.

Em seguida, o Desembargador Augusto Oliveira Galvão, de Alagoas, opinou pela consideração conjunta das circunstâncias judiciais e legais, no molde bifásico. Não havendo causa especial de aumento ou diminuição de pena, não haveria que se cogitar de pena-base. Somente existindo tais causas especiais é que faria sentido a pena-base, para se aumentar ou diminuir a pena.

Prosseguindo nos debates, o Desembargador Ivair Nogueira Itagiba, do Rio de Janeiro, votou no sentido da prevalência das três fases, salientando tratar-se do critério "mais simples, mais razoável, mais consentâneo com a verdade legal".

Por sua vez, o Desembargador Julio Oliveira Sobrinho, do Distrito Federal, salientou que a ele parecia mais simples que o juiz considerasse "de uma só vez, as circunstâncias e os elementos individualizadores do art. 42 e as circunstâncias que sempre agravam e sempre atenuam a pena", adotando, assim, o modelo de duas fases.

O Desembargador Celso Afonso Soares Pereira, do Rio Grande do Sul, inclinou-se pelo critério trifásico, mas questionou Nelson Hungria sobre a aplicação da reincidência neste processo, que seria um óbice ao critério. Este respondeu que mesmo na reincidência deveria ser feita a operação da soma do mínimo com o máximo cominados, e em seguida a divisão pela metade, atingindo a pena-base, para em seguida computar-se a reincidência.

Esclarecidos certos pontos do debate, o Desembargador Orlando Anselmo de Aguiar, de Pernambuco, aparentou inicialmente aderir ao critério trifásico, afirmando: "Entendo que o juiz, primeiramente, como processo inicial, deve pesar essas circunstâncias judiciais, para o fim de, preliminarmente, aplicar a pena inicial, a pena que irá servir de base às operações posteriores, nas quais se deverá ter em vista as circunstâncias legais e, por fim, as causas de aumento ou diminuição de pena". No entanto, diante da dificuldade de fixação da pena abaixo do mínimo legal por aplicação de uma circunstância atenuante, acaba o Desembargador inclinando-se pelo critério bifásico de aplicação.

O também pernambucano Desembargador Nestor Diógenes da Silva, em sua manifestação, opinou pela aplicação do critério bifásico de Roberto Lyra, passando a palavra em seguida para o Desembargador Vicente Piragibe, do então Distrito Federal, que externou sua incompreensão com o instituto da pena-base, não vendo razão para sua consideração, opinião esta compartilhada pelo Desembargador Alexandre Delfino Amorim Lima, de São Paulo.

O Desembargador goiano Dario Délio Cardoso, com a palavra, apesar de exaltar o critério de três fases, acaba por adotar o bifásico, por reputá-lo mais simples e lógico. Em seguida, o Desembargador Urbano Müller Sales, de Santa Catarina, por seu turno entendeu mais pertinente o critério de Nelson Hungria, opinião esta contrariada pelo Desembargador Manuel Lacerda Pinto, do Paraná, o qual, apesar de reconhecer que o trifásico é o critério mais científico, aderiu ao mais simples – com duas operações.

Os Desembargadores Rômulo Finamore, do Espírito Santo, e Olívio Câmara, do Ceará, em seguida votaram pela adoção do critério trifásico, sendo acompanhados pelo Desembargador Mário Matos, de Minas Gerais e José Campos, de Goiás.

O Desembargador gaúcho João Pereira Sampaio, dando razão aos argumentos de Vicente Piragibe, divergiu dos anteriores, sustentando as duas operações, entendimento também esposado pelo Desembargador João Bosco de Andrade Lima, do Sergipe.

Em prosseguimento, o Desembargador Teixeira Junior, do Maranhão, posicionou-se favorável ao critério de Nelson Hungria, seguido por Manuel Andrade Teixeira, da Bahia, sem antes ressaltar a grande divergência do tema em seu Estado. O Desembargador sergipano José Joaquim da Fonseca também concordou com as três operações, contando, todavia, com a divergência dos Desembargadores Manuel Carlos de Figueiredo Ferraz, de São Paulo, e Oscar Pinto de Sousa Dantas, da Bahia, que, tal qual Manuel Lacerda Pinto, aderiram ao bifásico, reputando-o mais simples.

O Desembargador pernambucano Orlando Anselmo de Aguiar, inicialmente pretendendo uma solução conciliatória, acabou por sustentar a adoção de duas fases, ante a impossibilidade absoluta de conciliação entre os dois entendimentos em contradição. Por sua vez, Eládio da Cruz Lima, do Pará, não compreendendo como seria possível considerar englobadamente as circunstâncias judiciais e legais, inclinou-se para as três operações distintas, seguido pelo Desembargador Raimundo Vidal Pessoa, do Amazonas. Ato contínuo, formulou o Desembargador alagoano Herman Byron de Araújo Soares sua declaração de voto, apoiando o critério de duas fases, argumentando ao final que "a linha reta, porém, conduz mais rapidamente a dito objetivo, e, sobretudo, foi a que a própria lei traçou".

Encerrando os debates, o Desembargador Ferreira Pinto, do Rio de Janeiro, mostrou-se igualmente partidário do critério de duas operações, esclarecendo que

este processo "é o mais simples e permite que se atenda, com maior facilidade, ao sentido marcantemente individualizador do Código atual".[34]

Ao contrário de Roberto Lyra, Nelson Hungria esteve presente nos debates e defendeu sua tese, conforme se extrai dos Anais da Conferência:

"Devo, antes de tudo, acentuar que o meu ponto de vista não encontra apoio entre os meus companheiros de comissão de Revisão do Projeto do Código Penal. Esta questão foi por mim, exclusivamente, suscitada. Aconteceu com o Código Penal, neste ponto, o que teria talvez acontecido com o Código eleitoral: os seus autores não tiveram a previsão da complexidade prática dos seus dispositivos sobre a apuração. Mas, no caso do Código Penal, o modus faciendi é infinitamente mais simples. Cuidamos, acima de tudo, de salvaguardar, dentro do possível, o arbítrio judicial, de modo que não adotamos o critério, acolhido no Código italiano, no sentido de que, toda vez que houvesse uma agravante ou uma atenuante legal, a pena seria aumentada de um terço. Achamos que isto era uma injustificada limitação da liberdade do juiz. E porque não havíamos determinado o quantum do aumento decorrente das agravantes ou da diminuição decorrente das atenuantes, meus companheiros de Comissão se negaram, como ainda se negam, a reconhecer a necessidade de apuração de uma pena-base antes da apreciação das circunstâncias legais. Mas tal necessidade, também perante o nosso Código, se impõe. Depois que o Código já estava publicado, fui o primeiro, em entrevista ao 'Correio da Noite', e depois numa conferência em Recife, a focalizar o tema. Não falo, portanto, em nome da Comissão; venho defender meu ponto de vista na aplicação do Código Penal".[35]

A tese de Hungria saiu-se vitoriosa por 23 votos contra 17, sendo exarada a seguinte conclusão (n. 10) na Conferência: "Para fixação da pena o Juiz deve considerar inicialmente as circunstâncias do art. 42 do CP, para depois levar em consideração as circunstâncias que sempre atenuam e agravam a pena (arts. 44, 45 e 48 do CP) e, finalmente, em terceira etapa, aplicar as causas especiais de aumento ou diminuição (Cód. Penal, arts. 42, 44 a 48 e 50)".[36]

A Conferência dos Desembargadores foi, enfim, grande marco e fator determinante para a prevalência jurisprudencial do método trifásico de aplicação da pena, posteriormente positivado com a Reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984.

34. 1.ª Conferência de Desembargadores. *Anais*. Rio de Janeiro, 1944. p. 122-158.

35. Idem, p. 129.

36. Idem, p. 121.

5. A TENTATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DO CÓDIGO PENAL DE 1940: A APLICAÇÃO DA PENA SEGUNDO O CÓDIGO PENAL DE 1969

Oriundo do anteprojeto Hungria[37] e outorgado durante o período ditatorial militar, o Código Penal de 1969 – embora jamais tenha entrado em vigor – buscava alterar alguns dos critérios de mensuração penal, inicialmente estabelecendo que para a fixação da pena privativa de liberdade, o juiz deveria apreciar a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime (art. 52).

O diploma trazia ainda a necessidade de fundamentação da medida da pena (art. 55), bem como a conceituação da pena-base, ao dispor que a pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria, se não existisse a circunstância ou causa que importe o aumento ou a diminuição (art. 63).

Ressalte-se que, em lugar de estabelecer marcos penais mínimos para cada espécie delitiva, em diversos dispositivos o código simplesmente abdicava de apontá-los,[38] substituindo-os pelos chamados "mínimos genéricos" (mínimo de um ano para a pena de reclusão e mínimo de 15 dias para a pena de detenção, nos termos do art. 37, § 1.º), fato este que demonstrava a absoluta falta de sistematicidade do diploma.

37. Em crítica direta ao anteprojeto, asseveraram Heleno Fragoso e Lídia Sequeira: "O anteprojeto Hungria, elaborado em fase já ultrapassada, aumenta inutilmente os mínimos e os máximos de numerosas penas. O efeito intimidativo da pena é mais que duvidoso e a agravação das penas está longe de ser remédio adequado para combate à criminalidade, que não pode ser enfrentada sem medidas adequadas de política social. O Direito Penal desempenha papel secundário na prevenção do crime". FRAGOSO, Heleno Claudio; SEQUEIRA, Lídia. A cominação das penas no novo Código Penal. *Revista de Direito Penal*. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1975, p. 17-18.

38. A falta de um mínimo específico verificava-se, entre outros, nos delitos de lesão corporal grave (art. 132, § 1.º, reclusão até cinco anos), lesão corporal seguida de morte (art. 132, § 3.º, reclusão até oito anos), omissão de socorro (art. 138, detenção até seis meses), injúria (art. 144, detenção até seis meses), ameaça (art. 154, detenção até seis meses), sequestro ou cárcere privado (art. 155, reclusão até três anos), violação de domicílio (art. 158, detenção até três meses), furto simples (art. 165, reclusão até seis anos), dano simples (art. 175, detenção, até seis meses), apropriação indébita (art. 180), abandono material (art. 270, detenção, até quatro anos) e comércio posse ou facilitação do uso de entorpecente ou substância de efeito similar (art. 314, reclusão até cinco anos).

O sistema de discricionária quantificação judicial das agravantes e atenuantes, desenhado no Código Penal de 1940, seria substituído no Código Penal de 1969 pelo sistema de frações tarifadas, buscando-se estabelecer um *quantum* específico para a agravação e a atenuação da pena. Fixava o art. 59 do Código vindouro: "Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena, sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-lo, entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime".

Caso houvesse entrado em vigor, o Código Penal de 1969 tornaria inaplicável a regra da preponderância de circunstâncias, na medida em que haveria a anulação recíproca entre circunstâncias atenuantes e agravantes, não se podendo falar em predomínio de umas sobre as outras.[39]

Impregnado por forte influência positivista e reflexo de um Direito Penal que se apresentava como "instrumento meramente pragmático de interesses do poder que recorria à pena de prisão como uma ameaça de rotina",[40] o Código de 1969 estabelecia como finalidade maior da pena a prevenção especial, evidenciada na redação do art. 37: "A pena de reclusão e a de detenção devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado uma individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação social".

Exatamente em função desta finalidade preventivo-especial, deveria o magistrado declarar na sentença o grau de periculosidade do condenado, classificando-a em acentuada (quando se tratasse de criminoso *habitual* ou *por tendência*, ou ainda, quando o exame dos elementos e circunstâncias do art. 52 indicasse que o agente tinha "inclinação para o crime"), escassa periculosidade (quando o exame dos elementos e circunstâncias do art. 52 evidenciasse a "probabilidade de rápida regeneração do agente", desde que submetido a medida reeducativa) ou nenhuma periculosidade (quando o exame dos mesmos elementos e circunstâncias do art. 52 evidenciasse a desnecessidade do emprego de medidas reeducativas).[41]

---

39. Esta a constatação de Sergio de Andrea Ferreira: "é claro que, se, no novo Código, as circunstâncias legais são traduzidas em quanta, se houver concurso daquelas e elas forem quantitativamente iguais, deverão anular-se. Para que a norma funcione, portanto, será necessário que a qualidade traduza-se em quantidade". ANDRÉA FERREIRA, op. cit., p. 98.

40. DOTTI, op. cit., p. 85.

41. A periculosidade, declarada na sentença, poderia ser revista no curso da execução da pena, por iniciativa do condenado, do diretor do estabelecimento, do Conselho Penitenciário ou do juiz (art. 52, § 2.º, do Código Penal de 1969). Sobre esse tema, enfatizou Everardo da Cunha Luna: "Deve desaparecer, do nosso Código Penal, a ilógica divisão da periculosidade em acentuada, escassa ou nenhuma. Que significa escassa periculosidade? E como pode ser espécie de um gênero, algo que, do gênero, nada tem em comum, como é o caso da

Marcante a possibilidade de fixação de pena indeterminada para o criminoso considerado habitual[42] ou por tendência.[43] Nesse sentido, dispunha o art. 64 que em se tratando de criminoso habitual ou por tendência, a pena a ser imposta deveria ser por tempo indeterminado, devendo o juiz fixar a pena correspondente ao crime cometido, que constituiria a duração mínima da pena privativa de liberdade, não podendo ser inferior à metade da soma do mínimo com o máximo cominados. A duração da pena indeterminada não poderia exceder a 10 anos, após o cumprimento da pena imposta (art. 64, § 1.º).[44]

Elucidando a política de aplicação de penas acima descrita, dispunha a exposição de motivos do Código de 1969:

"O dispositivo geral sobre a aplicação de pena corresponde basicamente ao do Código vigente. À semelhança do que ocorre em diversas legislações estrangeiras, o projeto deixa expressa a obrigação de motivar a pena imposta, em sua medida. O condenado tem direito a saber por que recebe esta pena. Não basta a referência aos critérios genéricos (estabelecidos no art. 52 do projeto), como tem proclamado reiteradamente o STF. Não só a pena aplicada acima do mínimo deve ser fundamentada. Se a lei amplia o poder discricionário do juiz na aplicação da pena, exige-lhe,

chamada periculosidade nenhuma? Além do mais, a periculosidade nem deve ser considerada fundamento da pena, nem da medida de segurança. Pelo critério adotado no novo Código Penal, mais tortuoso se torna esse conceito, por natureza tortuoso, o da periculosidade". LUNA, Everardo da Cunha. Das penas e sua aplicação. *RT*. 473/267.

42. O art. 64, § 2.º, com as alterações dadas pela Lei 6.016/1973, considerava criminoso habitual aquele que reincidisse pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena (habitualidade presumida), assim como aquele que, embora sem condenação anterior, cometesse sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza e demonstrasse, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, "acentuada inclinação para o crime" (habitualidade reconhecível pelo juiz);

43. Nos termos do art. 64, § 3.º, do Código Penal de 1969, após as alterações da Lei 6.016/1973, considerava-se criminoso por tendência quem, pela sua periculosidade, motivos determinantes e meios ou modo de execução do crime, revelasse "*extraordinárias torpeza, perversão ou malvadez*".

44. Discorrendo sobre a aplicação da pena aos chamados criminosos habituais ou por tendência, MORAES, Benjamin. A aplicação da pena indeterminada no novo Código Penal. *RT* 471/279-284. MELLO, Dirceu de. Das penas no Direito penal e sua aplicação: pena indeterminada, uma infeliz criação do novo Estatuto Penal Brasileiro. *RT* 475/229-234. ORTIZ, Alceu Loureiro. Aplicação e execução da pena nos casos de criminoso habitual ou por tendência. *RT* 478/261-263. OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Aplicação da pena a criminosos habituais. *RT* 479/265-271.

em contrapartida, a fundamentação do exercício desse poder, como elemento essencial de garantia para o réu (item 22)".[45]

"Para dirimir a controvérsia jurisprudencial e a incerteza doutrinária que reina nesta matéria, o projeto deixa claro que a pena-base é aquela que o juiz aplicaria se não houvesse qualquer circunstância ou causa de aumento ou diminuição. Trata-se de elemento adicional de garantia para o réu na aplicação da pena. Se houver circunstância agravante ou atenuante, também é indispensável fixar a pena-base (item 25)".[46]

"Os criminosos habituais ou por tendência constituem o grande problema da repressão penal. É necessário reagir contra esse tipo de criminalidade com instrumentos verdadeiramente eficientes (...). O projeto incorpora-se à legislação moderna, estabelecendo previsão especial quanto aos criminosos habituais ou por tendência, e um sistema repressivo eficaz, com a pena relativamente indeterminada (item 26)."[47]

Os critérios de aplicação da pena privativa de liberdade preconizados pelo Código de 1969, conforme já mencionado, não chegaram a se materializar. Em meio ao período de exceção, decidiu-se pela conveniência de entrarem simultaneamente em vigor o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, sendo assim editadas leis que postergavam a vigência do Código Penal de 1969. Enquanto adiada a entrada em vigor do Código, foi sancionada a Lei 6.416/1977 que, diante das inúmeras alterações promovidas em dispositivos do Código Penal de 1940, fez com que o próprio Governo Federal editasse Mensagem ao Congresso Nacional, encaminhando projeto de lei que revogava o Código Penal de 1969, tendo como um de seus principais fundamentos o fato de que o Código Penal de 1940, com a reforma sofrida em 1977, se tornara mais atual do que o vacante Código de 1969. Foram então iniciados os trabalhos para a elaboração da reforma penal de 1984.

6. APLICAÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA REFORMA PENAL DE 1984

Os atuais critérios da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil são delineados pela Reforma Penal de 1984, promovida em meio a uma série de mudanças sociopolíticas sofridas ao longo do período de exceção democrática, iniciado a partir do golpe de 1964, circunstância esta que ensejou profundas críticas à Reforma:

"(...) no aspecto político, a maior restrição que é feita quanto à inoportunidade de sua entrada em vigor reside na circunstância de que as regras legais elaboradas

45. PIERANGELLI, op. cit., p. 518.

46. Idem, p. 519.

47. Idem.

numa época de transição não podem servir de reguladoras de uma sociedade plenamente democrática, o que, aliás, foi alvo de intensos debates por ocasião da X Conferência Nacional da OAB, realizada em Recife em 1984".[48]

Diversamente do Código de 1940, que em seu art. 42 limitava a individualização penal à fixação das penas aplicáveis dentre as cominadas e da quantidade da pena nos limites legalmente estabelecidos, a nova parte geral amplia a discricionariedade judicial também para a apreciação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e da eventual substituição desta por outra espécie de pena, se cabível.

O ponto nodal da nova sistemática da medição da pena trazida pela reforma encontra-se no art. 59, que vincula a quantidade, o regime de cumprimento e a qualidade da pena à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, atrelando tais circunstâncias aos escopos político-criminais de reprovação e prevenção do crime.

Nesse sentido, é possível verificar, *prima facie*, que a Reforma Penal de 1984 aderiu à tendência subjetivista na aplicação da pena privativa de liberdade, promovida pelo Código de 1940. Em reforço a esta constatação está o fato de que, das oito circunstâncias judiciais elencadas, cinco delas (motivos do crime e culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente) conduzem a uma anamnese judicial sobre a pessoa do acusado, uma sobre o comportamento da vítima (também apresentando matizes de subjetividade) e somente duas de caráter eminentemente objetivo (circunstâncias e consequências do crime).

Não deve ser olvidado ainda que, em caso de concurso de agravantes e atenuantes, as circunstâncias preponderantes continuam a ser aquelas resultantes dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (art. 67), todas apontadas, de algum modo, para a pessoa do acusado.[49] Surgem daí as primeiras indagações quanto à legitimidade do emprego de dados pertencentes à esfera íntima do sentenciado, frente a um direito penal que se apresenta como regulador de fatos delitivos, não de pessoas.

48. FERRAZ, Nelson. Aplicação da pena no Código Penal de 1984. *RT* 605/428.

49. Em relação ao art. 67 do CP, que elenca as circunstâncias preponderantes, salientam Zaffaroni e Pierangelli: "Cremos que este artigo é produto da tradição, mas não aclara nada ou quase nada, porque os motivos determinantes praticamente abrangem quase toda a culpabilidade e reprovação do delito, a personalidade do agente, que, como vimos, cumpre uma dupla função: contribui para estabelecer o limite de reprovação e culpabilidade e para assinalar, desde logo, a possibilidade de correção a menor, pelo efeito de menor necessidade de pena para a prevenção, enquanto a reincidência é uma agravante cuja natureza estabeleceremos imediatamente, mas que, em definitivo, é sumamente discutível", op. cit., p. 711.

No tocante ao procedimento de aplicação de pena, conforme salientado, a reforma expressamente elegeu o método trifásico preconizado por Nelson Hungria, assim dispondo:

Decorridos 40 anos da entrada em vigor do Código Penal, remanescem as divergências suscitadas sobre as etapas da aplicação da pena. O Projeto opta claramente pelo critério das três faces, predominante na jurisprudência do STF. Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no art. 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. Discriminado, por exemplo, em primeira instância, o *quantum* da majoração decorrente de uma agravante, o recurso poderá ferir com precisão essa parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério, a plenitude de garantia constitucional da ampla defesa.[50]

A aplicação do critério trifásico, não obstante permita o conhecimento da operação realizada pelo juiz, admitindo a correção específica de equívocos, não se mostra imune a críticas, sobretudo por conduzir à desconsideração das circunstâncias atenuantes quando a pena-base já se encontra em seu mínimo legal. De fato, o critério não consegue superar tal iniquidade, alimentada pela majoritária orientação jurisprudencial no sentido de que "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."[51]

Outra crítica dirige-se à complicação trazida pela necessidade de construção de uma escala abstrata, para então determinar-se a concreta reprimenda. Segundo parte da doutrina, tal fato pode trazer um inconveniente lógico, que consiste na possibilidade de total revisão ou reavaliação da primeira etapa pela terceira, especialmente "quando se trata de determinar a categoria da pena aplicável, uma vez que a escala normal pode estabelecer uma pena cuja quantidade não permita sua substituição, e, logo em seguida, como decorrência de uma escala alterada, isso se torna possível".[52]

A esta orientação da aplicação da pena se agrega outra igualmente criticável, no sentido de que a pena-base deverá ser fixada atendendo-se ao critério do art. 59 do Código, método este que exige do magistrado a persecução acrítica dos fins de reprovação e prevenção do delito. Em outras palavras, o legislador demanda ao Poder Judiciário que cumpra a literalidade de um dispositivo e, assim, abrace uma orien-

50. Item 51 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal.

51. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 231. Brasília, 22.09.1999. *DJ* 15.10.1999.

52. ZAFFARONI; PIERANGELLI, op. cit., p. 708.

tação político-criminal ditada exclusivamente por aquele. Surgem neste instante questionamentos de grande relevância, tanto sobre o papel de cada um dos Poderes na construção de uma política criminal democrática, quanto sobre os limites franqueados a cada um pelo princípio constitucional da separação dos poderes.

Como se não bastasse, a própria persecução das finalidades de reprovação e prevenção do delito parece não estar coadunada com a Constituição de 1988, que via de regra não incorporou teleologicamente o discurso legitimador da pena. Pelo contrário, as normas constitucionais penais têm fundamentalmente por escopo o estabelecimento de limites ao poder punitivo,[53] considerando que a Constituição existe para definir e limitar a autoridade governamental, não para definir e limitar direitos individuais.[54]

7. CONCLUSÃO

A aplicação da pena privativa de liberdade é um vasto terreno de ideias, teses, idolatrias e pré-concepções da realidade, que refletem cada qual o seu tempo. Após longa trajetória, chegamos ao atual modelo de quantificação penal.

O modelo vigente de aplicação da pena privativa de liberdade teve suas bases construídas na década de 40 do século passado, restando definitivamente consolidado com a Reforma Penal de 1984. A grande questão que se coloca é saber se este modelo ainda se apresenta adequado, sobretudo após a edição da Constituição de 1988.

Revendo-se criticamente a sistemática legal, parece ser negativa a resposta, visto que a aplicação da pena privativa de liberdade – que sempre se revelou uma opção política, servindo a escopos político-criminais conservadores – agora parece desalinhada com a preocupação de se minimizar os danos humanos ao sentenciado (oriundo do fundamento da dignidade da pessoa humana – art. 1.°, III, da CF), caminhando no sentido oposto à satisfação dos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.°, I, da CF) e de promoção do bem de todos (art. 3.°, IV, da CF).

Na lei, há diversos dispositivos relativos à aplicação da pena completamente desalinhados com os objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito. E

53. CARVALHO, Salo. A sentença criminal como instrumento de descriminalização (o comprometimento ético do operador do direito na efetivação da Constituição). *AJURIS* 102/334. Também externamos o mesmo entendimento em ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena. Limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2013.

54. LEVY, Leonard Willians. *Seasoned judgements — The american constitution, rights and history*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1994. p. 36.

na prática, a atividade sancionatória é desenvolvida sem a devida reflexão quanto à legitimidade do sistema penal e sem o adequado suporte teórico, ambos substituídos por modelos padronizados de sentença e impregnados por discursos positivistas, retribucionistas ou periculosistas, que mascaram a seletividade e repressividade do sistema penal e ofuscam a importância do "Direito da Aplicação da Pena" como efetivo instrumento limitador do poder punitivo.

O manejo racional do direito da aplicação da pena decorre não apenas da opção republicana e democrática, mas também do caráter social assumido pelo Estado brasileiro, assunção esta que impele a agência judicial – compreendendo que o sistema penal é um fato de poder e a pena a manifestação deste poder – a cumprir a função social de minorar os efeitos da seletividade do sistema penal e limitar ao máximo a dessocialização provocada pela experiência do encarceramento.

Enquanto o Direito Penal não for percebido e utilizado como anteparo à habilitação irracional do poder punitivo, estaremos descolados do fundamento da dignidade da pessoa humana e distantes dos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais e de promoção do bem de todos.

8. REFERÊNCIAS

ALVES JUNIOR, Thomaz. *Annotações theoricas e praticas ao Código Criminal.* Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & C. Editores, 1864.

ANDRÉA FERREIRA, Sérgio de. *A técnica da aplicação da pena como instrumento de sua individualização nos Códigos de 1940 e 1969.* Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BENTO DE FARIA, Antonio. *Annotações theorico-praticas ao Código Penal do Brasil.* Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1929.

BRASIL. Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 – Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

_____. STJ. Súmula 231. Brasília, 22 de setembro de 1999. *DJ* 15.10.1999.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral.* 3. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1967. t. 1º e 3.º.

CARVALHO, José Murilo de. *Teatro de sombras: a política imperial.* 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1996.

CARVALHO, Salo. A sentença criminal como instrumento de descriminalização (o comprometimento ético do operador do direito na efetivação da Constituição). *AJURIS.* vol. 33. n. 102, Porto Alegre, jun. 2006.

DOTTI, René Ariel. Notas para a história das penas no sistema criminal brasileiro. *Revista Forense.* vol. 81. n. 292. Rio de Janeiro, dez. 1985.

DUARTE. José. Aplicação da pena – Pena-base – Inteligência do art. 50. *Revista Justitia*. vol. 4. São Paulo, 1942.

FARIA. Bento de. *Código Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacintho, 1942. vol. II.

FERRAZ, Nelson. Aplicação da pena no Código Penal de 1984. *Revista dos Tribunais*. ano. 75. vol. 605. São Paulo: Ed. RT, mar. 1986.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; SEQUEIRA, Lídia. A cominação das penas no novo Código Penal. *Revista de Direito Penal*. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1975.

FREDERICO MARQUES. José. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1966. vol. III.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 3. ed., rev. e atualiz. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. vol. I. t. II.

KOERNER, Andrei. O impossível 'panóptico tropical escravista': práticas prisionais, política e sociedade no Brasil do século XIX. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 35. São Paulo, 2001.

LEVY, Leonard Willians. *Seasoned judgements — The american constitution, rights and history*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1994.

LUNA, Everardo da Cunha. Das penas e sua aplicação. *Revista dos Tribunais*. ano 64. vol. 473. São Paulo: Ed. RT, mar. 1975.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1958. vol. II.

MACEDO SOARES, Oscar de. *Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2004.

MATTOS, Ilmar Rohloff de. *O tempo saquarema*. Brasília: INL, 1987.

MELLO, Dirceu de. Das penas no direito penal e sua aplicação: pena indeterminada, uma infeliz criação do novo Estatuto Penal Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. ano 64. vol. 475. São Paulo: Ed. RT, maio 1975.

MORAES, Benjamin. A aplicação da pena indeterminada no novo Código Penal. *Revista dos Tribunais*. ano 64. n. 471. São Paulo: Ed. RT, jan. 1975.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Aplicação da pena a criminosos habituais. *Revista dos Tribunais*. ano 64. vol. 479. São Paulo: Ed. RT, set. 1975.

ORTIZ, Alceu Loureiro. Aplicação e execução da pena nos casos de criminoso habitual ou por tendência. *Revista dos Tribunais*. ano 64. vol. 478. São Paulo: Ed. RT, ago. 1975.

PAGANELLA BOSCHI, José Antônio. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PEDROSO, Regina Célia. *Os signos da opressão – Condições Carcerárias e Reformas Prisionais no Brasil 1890 – 1940*. Dissertação de Mestrado em História Social apresentada ao Departamento de História da Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 1995.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

PIRAGIBE, Vicente. *Legislação penal*, 1932, vol. II.

PORTO, Luiz Guilherme Moreira. Legislação penal da escravidão. *Revista dos Tribunais*. ano 89. vol. 777. São Paulo: Ed. RT, jul. 2000.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena. Limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: José Konfino, 1947.

VERGARA. Pedro. *Das penas principais e sua aplicação*. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni Editora, 1948.

VIEIRA DE ARAÚJO, João. *Ensaio de direito penal*. Pernambuco: Typographia do Jornal do Recife, 1884.

_____. *Codigo Penal Commentado Theorica e Praticamente*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Laemmert & C. Editores, 1897. t. II.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal. Parte geral*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

1º CONFERÊNCIA DE DESEMBARGADORES. *Anais*. Rio de Janeiro, 1944.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As penas privativas da liberdade e sua execução, de Valentim Alves Da Silva – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/1283-1293 (DTR\2012\450399);
- Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista: do que se oculta(va) ao que se declara, de Claudio Alberto Gabriel Guimarães – *Ciências Penais* 6/382 (DTR\2007\20); e
- Progressão na execução das penas privativas de liberdade – Breve estudo sistemático, de Rogério Lauria Tucci – *RT* 630/269-278, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/1113-1129 (DTR\1988\81).

O INDULTO PRESIDENCIAL: ORIGENS, EVOLUÇÃO E PERSPECTIVAS

PRESIDENTIAL PARDON: ORIGIN, EVOLUTION AND PERSPECTIVES

RODRIGO DE OLIVEIRA RIBEIRO

Pós-graduado em direito penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal. Pós-graduado em direito penal econômico pelo IBCCRIM/Faculdade de Coimbra. Pós-graduado em Direito penal econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Membro do Conselho Penitenciário do Rio de Janeiro na vaga efetiva da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio de Janeiro. Advogado criminalista.
rodrigo@oliveiraribeiro.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: Neste artigo iremos analisar brevemente as origens do indulto presidencial, seus antecedentes históricos no direito brasileiro e em outros países, traçando uma evolução do instituto através da análise dos decretos presidenciais anuais editados antes e depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, ampliando a sua utilização gradualmente, aplicando cada vez mais o benefício em relação a crimes graves, como válvula de escape do sistema prisional diante da superpopulação carcerária.

PALAVRAS-CHAVE: Indulto - Origens - Prisão - Política - Superpopulação.

ABSTRACT: In this article we will briefly analyze the origins of the presidential pardoning power, his historical backgrounds in the brazilian law and in other countries, drawing the evolution of the institute through the annuals presidential decrees before and after the Federal Constitution of 1988, expanding the limits of the pardon gradually, using more and more in serious crimes, as a valve of the prisional system beyond the prison overpopulation.

KEYWORDS: Pardon - Origins - Prison- Politics - Overpopulation.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Antecedentes históricos do indulto e sua evolução no direito brasileiro - 3. Indulto: conceito e natureza jurídica - 4. O indulto e a comutação no Brasil: 4.1 Os decretos de indulto no Brasil desde 1988 - 5. Conclusão - 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Um instituto pacificador, um ato soberano de perdão, uma causa extintiva de punibilidade, causa extintiva da execução da pena, um resquício absolutista, uma contradição às leis, uma benevolente prerrogativa régia, um remédio para esvaziar as prisões, instrumento de política criminal, meio de atenuar penas cruéis e suspender penas capitais, uma garantia constitucional: o indulto é objeto de inúmeras controvérsias e, ainda assim, objeto de poucos estudos.

Revisitaremos brevemente as origens do instituto e seus antecedentes históricos no direito brasileiro para analisar a gradual ampliação, nos últimos anos, de seus limites de aplicação no Brasil após a Constituição de 1988.

A análise da evolução do instituto nos permite utilizar o dado final pertinente à amplitude de sua aplicação como uma ferramenta de observação da situação prisional brasileira. Recorre-se cada vez mais à aplicação do instituto para buscar desafogar a situação caótica gerada pelo cruzamento de inúmeros fatores. Entre os fatores sociais e econômicos, destacam-se a ampla desigualdade social e baixos níveis de educação formal. Na Política Criminal vemos o aumento da repressão legal através de ajustes nas normas e sistemas penais, reduzindo garantias e majorando penas, além da utilização desenfreada e abusiva de prisões cautelares.

Enquanto tais fatores permanecerem prevalentes, é previsível que se recorra mais e mais ao indulto como paliativo.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO INDULTO E SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A clemência é conhecida desde tempos imemoriais. O perdão encontra registros muito antigos. Na lei mosaica, diversos trechos tratam o tema.[1] Na Grécia antiga também o perdão era exercido como uma ferramenta política.[2] Reputa-se a Sócrates a máxima de que: "só quem entende a beleza do perdão pode julgar seus semelhantes". No Direito Romano era aplicado frequentemente.[3]

Com efeito, o perdão é um instituto que está ligado, na religião cristã, à própria origem da humanidade, sendo certo que muitas interpretações[4] da Gênese permitem entender que Deus perdoou Caim pelo ato que cometeu, depois de tê-lo amaldiçoado pela morte do irmão Abel.

Na antiga sociedade democrática de Atenas, a instituição da clemência ainda não era muito desenvolvida, em boa parte porque o poder restava mais nas mãos do povo do que do monarca. Pelo período do término da Guerra Civil ateniense, em 403, a.C., as dificuldades procedimentais eram imensas. Antes de qualquer pessoa receber a clemência, ela deveria apresentar um requerimento assinado por 6.000 pessoas. Em razão da dificuldade de se obter tantas assinaturas, a clemência raramente era concedida aos indivíduos, pelo menos àqueles que não eram celebridades.[5]

1. BÍBLIA SAGRADA. Eclesiastes, 7:16; Samuel 19:23.
2. PLUTARCO. *Vidas paralelas – Sólon e Publícola*. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2012. p. 130-131.
3. BÍBLIA SAGRADA. Lucas 23:16-17.
4. JUNG, Carl. *Resposta a Jó*. Petrópolis: Vozes, 1986. p. 33-34.
5. KOBIL, Daniel. The quality of mercy strained: wresting the pardoning power from the king. 69 *Tex. L. Rev.* 569. Estados Unidos, 1991.

No Direito Romano, havia a prática romana de disciplinar tropas rebeldes através da dizimação – a matança de cada décimo soldado de uma tropa, em vez de executar todo o exército de malfeitores –, é um singular exemplo do uso da clemência de forma política para manter a disciplina, preservando os recursos humanos que poderiam ser úteis para o Estado.[6]

Desde aqueles tempos, verificamos registros também de sua utilização abusiva, por nobres e monarcas, beneficiando amigos e quem pudesse pagar pelo perdão.[7]

Na Inglaterra o uso da prerrogativa também foi empregado para consolidar o poder. William Blackstone elencava o poder de perdoar crimes como uma prerrogativa do Rei, o qual recebia a confiança de que reservaria esse expediente apenas para aquelas exceções às regras gerais, cuja sabedoria humana nunca possibilitou fazê-las tão perfeitas para que se apliquem a todos os casos particulares. Reconheceu tacitamente as raízes romanas do poder de indultar na Grã-Bretanha, quando ridicularizou a crueldade dos habitantes das Ilhas de Gunrsey por não adiarem a execução de uma mulher grávida: "uma barbaridade que eles nunca aprenderam com as leis da Roma Antiga". O jurista inglês considerava que o uso do poder de perdão suavizava os rigores da lei geral, mas via igualmente a capacidade disto valorizar a imagem do soberano perante seus súditos, fortalecendo o trono (numa época em que havia muitos concorrentes para a redenção, como o clero, os grandes condes e senhores feudais).[8]

Sob o ponto de vista econômico, o benefício também foi utilizado de forma conveniente por governantes, à medida que a Inglaterra chegou a empregar perdões para fornecer mão de obra barata para as colônias americanas e de outras partes do mundo, como a Austrália. Concedia-se aos criminosos um perdão condicionado à concordância de viajar para as colônias e trabalhar nas plantações.[9]

O mesmo ocorreu no direito português. Diversas hipóteses de comutação eram efetivadas referentes aos crimes de traição, sodomia, moeda falsa, entre outros, desde que o condenado se dispusesse a trabalhar em terras distantes e recém-descobertas, na América e na África.[10]

6. Idem.
7. J. Bellamy, Crime and public order in England in the later middle ages. 191-94 (1973) apud William F. Duker, The president's power to pardon: a constitutional history, 18 *Wm. & Mary L. Rev.*, p. 479 (1977).
8. BLACKSTONE, William. Commentaries. p. 388.
9. KOBIL, Daniel. Op. cit.
10. Ordenações Filipinas. Livro V.

Nos Estados Unidos,[11] o poder de perdoar os delitos foi amplamente utilizado de forma política. Alexander Hamilton, em um de seus artigos publicados como O Federalista, de n. 74, tratou do comando, pelo Presidente da República, das Forças Armadas e o seu Poder de Perdão. Hamilton ali defende a concentração deste poder no chefe do executivo, que somente não poderia aplicar o perdão nos casos de *impeachment*. O constitucionalista conclui o artigo argumentando que o principal fundamento para o poder de perdoar repousar no *Supremo Magistrado* é que em épocas de rebelião, ou insurreição, uma oferta oportuna de perdão aos insurgentes ou rebeldes pode rapidamente restaurar a paz da comunidade. Defendia que, para estes casos, o processo dilatório de convocar o legislativo, ou um de seus ramos, poderia ser fatal à agilidade necessária ao Executivo.[12]

No caso Estados Unidos contra Wilson, o primeiro da Suprema Corte envolvendo o poder de clemência presidencial, o juiz John Marshall definiu o instituto como "um ato de graça, proveniente do poder confiado à execução das leis, que isenta o indivíduo, a quem ele é concedido, da punição que a lei reserva para o crime por ele cometido". Implicitamente firmava a noção de que o Executivo pode realizar tais atos de graça de qualquer modo, em qualquer tempo, por qualquer razão, em todos os casos exceto o *impeachment*.[13]

Em razão da ênfase que Marshall empregou no termo graça e no caráter privado da ação presidencial no julgamento do caso *Wilson*, a misericórdia tornou-se, estritamente na teoria jurídica, a razão do perdão.[14] Naquele julgamento, também se registrou o entendimento de que a aceitação do perdão é essencial à sua validade.[15]

No direito francês, no absolutismo do Antigo Regime, o indulto encontrou correspondentes nas *lettres d'abolition générale*,[16] também conhecidas por car-

11. Nos Estados Unidos, o perdão é parte de um conceito maior denominado clemência. Eles denominam de Executive Clemency o poder constitucional do governador ou presidente emitir a comutação de uma sentença, o perdão, ou a suspensão [reprieve] (neste caso destinado àqueles que se encontram no chamado corredor da morte, aguardando a execução da pena capital).

12. HAMILTON, Alexander. O Federalista. Art. n. 74.

13. KOBIL, Daniel. Op. cit.

14. William F. Duker. Op. cit., p. 475.

15. Burdick v. United States, 236 U.S. 79 (1915). O Código de Processo Penal militar brasileiro prevê a necessidade da aceitação do perdão, que pode ser recusado (art. 649).

16. BARBOSA, Licínio. Do indulto – Um gesto de clemência no direito penal. Disponível em: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:JjX7a1rW2u4J:www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/download/11688/7675+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl-br]. Acesso em: 26.12.2013.

tas de remissão, que poderiam solicitar o benefício a um indivíduo ou a uma generalidade.

Perdoar o condenado foi uma faculdade que, desde a Antiguidade, se reservaram aos monarcas, tendo sido já qualificada como a "mais bela das prerrogativas régias". O perdão é uma das formas mais antigas de se obter a liberdade, e atualmente sobrevive em todos os países do mundo, exceto a China.[17]

Hoje o instituto encontra-se nas constituições de países em todos os continentes: Afeganistão (art. 75); Alemanha (art. 60, 2,3); Argentina (art. 99,5); Bélgica (art. 110); Chile (art. 32, 16); Colômbia (art. 150, 17); Coréia do Sul (art. 78); Cuba (art. 88);[18] Dinamarca (§24); Egito (parte III); Espanha (art. 62, i); Estados Unidos (art. II, 2); Geórgia (art. 73); Holanda (art. 122); Hungria (art. XXXI, 1, 2, j, e 8,3,j); Índia (art. 72); Luxemburgo (art. 38); França (art. 17); México (art. 89, XIV); Noruega (art. 20); Nova Guiné (art. 151); Paraguai (art. 238); Peru (art. 118,21); Portugal (art. 134, f); República Tcheca (art. 62); Suécia (art. 13), Suíça (art. 173), Uruguai (art. 85); Uzbequistão (art. 93, 20).

Alguns países centenários, outros nascidos há poucas décadas, os ordenamentos jurídicos elegeram a Carta Política para agasalhar o instituto do indulto. A constituição húngara chega a estabelecer que não poderá sequer ser objeto de referendo qualquer proposta destinada a abolir o poder de indultar.

A grande maioria das nações confere ao Presidente da República, ou ao monarca,[19] o poder de clemência, o que é condizente com a visão popular de que o perdão é um poder discricionário confiado à pessoa mais importante do país. Outros países, como Bulgária, Alemanha (onde o presidente pode transferir o poder ao Chanceler ou ao Ministro da Justiça),[20] Polônia, Romênia e Coreia do Sul, submetem tal análise ao crivo de um colegiado ao invés de concentrar a decisão em uma só pessoa. Alguns reservam ao Poder Legislativo tal função, como Uruguai, Suíça, e, em algumas situações, a Turquia. [21]

17. SEBBA, Leslie. Criminology: the pardoning power – A world survey. 68 J. *Crim. L. & Criminology* 83, 85-110 table (1977).

18. Sendo atribuição do Conselho do Estado a concessão de indultos.

19. ORTEGA, José Llorca. *La ley de indulto – Comentarios, jurisprudencia, formularios y notas para su reforma*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. Na Espanha, o direito de graça é um ato do Rei, referendado pelo Presidente do Governo ou pelo Ministro da Justiça, pelo qual se reduz total ou parcialmente a pena imposta. Mas o exercício efetivo é do Governo, de modo que a concessão se dará por Decreto Real publicado no Diário Oficial.

20. SILVA, Thiago de Oliveira. Ensaio sobre o indulto: impacto das teorias das representações sociais e dos sistemas. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 07.01.2014.

21. SEBBA, Leslie. Op. cit., p. 112.

3. INDULTO: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O indulto é uma causa extintiva da punibilidade. Concedido o indulto, a pena não mais persiste sobre o apenado. Na doutrina há o entendimento de que equivocadamente o Código Penal considerou o indulto como causa extintiva de punibilidade, porque esta só pode existir antes do trânsito em julgado da sentença.[22] Estes consideram o indulto como motivo para a extinção da execução da pena.

No entanto, verificamos a possibilidade de se receber o indulto antes do trânsito em julgado (em execução provisória, *v.g.* art. 5.º do Decreto de 2013) e, alhures, antes mesmo de qualquer investigação ter sido instaurada.

Para Aníbal Bruno,[23] o indulto é "medida de caráter coletivo, mas no ato que o concede podem vir mencionados nominalmente os que dele se beneficiam".

O Min. Maurício Corrêa, do STF, na MC na ADIn 2795/DF, definiu o indulto como: "instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo a conveniência e oportunidade das autoridades competentes".

Nesta linha, a doutrina observa também como fundamento para a existência do indulto, a conveniência de se reduzir a penalidade imposta àqueles apenados que dão provas de seu arrependimento.[24]

Em países como Canadá, Estados Unidos e Suécia, o perdão pode ocorrer antes do trânsito em julgado, ou mesmo antes da denúncia, sendo possível antes de qualquer investigação. *Um caso histórico de clemência foi o do presidente Gerald Ford que perdoou Richard Nixon, antes de qualquer acusação ter sido apresentada.*[25]

A extinção da punibilidade através do indulto pode ser determinada pelo juiz, de ofício, ou atendendo a requerimento da Defensoria Pública, da Defesa, do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou mesmo do próprio apenado.

A conceituação do indulto que o relaciona às comemorações de Natal,[26] não nos parece adequada, diante da ausência de qualquer previsão na Constituição Federal relacionando o instituto às comemorações natalinas. Além disso, é frequente a uti-

22. NUNES, Adeildo. Da execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 228.

23. BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, t. III, p. 202.

24. ORTEGA, José Llorca. Op. cit., p. 18.

25. SARAT, Austin. *Mercy on trial: what it means to stop an execution*. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

26. Como a apresentada por Lauria e Kuehne: "ato de clemência do Poder Público, previsto no art. 84, XII, da Constituição Federal, tradicionalmente concedido quando da comemoração de natal, que consiste em perdoar a condenados, extinguindo as suas penas ou diminuindo-as (comutação)". NUNES, Adeildo. Op. cit., p. 229.

lização do instituto em outras datas comemorativas em outros países, e entre nós já nos utilizamos em mais de uma ocasião, de outras datas comemorativas.

A conceituação de José Frederico Marques, destaca o poder discricionário do chefe do Poder Executivo:[27] "O indulto e a graça no sentido estrito são providências de ordem administrativa, deixadas a relativo poder discricionário do Presidente da República, para extinguir ou comutar penas. O indulto é medida de ordem geral, e a graça de ordem individual, embora, na prática, os dois vocábulos se empreguem indistintamente para indicar ambas as formas de indulgência soberana. Atingem os efeitos executórios penais da condenação, permanecendo íntegros os efeitos civis da sentença condenatória".

Alguns juristas de outros países, como a Espanha, entendem que o instituto tinha mais razão de ser noutros períodos, quando da existência de leis cruéis e penas demasiado severas, e atualmente, com as reformas introduzidas nos últimos tempos teríamos erradicado algumas figuras penais mais rigorosas, bem como com a ampliação de benefícios após a sentença (liberdade condicional, penas substitutivas etc.). Como meio de mitigação do rigor das leis o indulto teria perdido a sua razão de ser.[28] Por aqui, não nos parece que ainda possamos seguir essa posição.

Em nosso ordenamento, o indulto funciona como um instrumento de política criminal, meio de temperar a aplicação da pena e permitir uma melhor administração do contingente carcerário nacional.

A exposição de motivos do Decreto de Indulto de 2012 demonstra a preocupação com a gestão penitenciária, ao defender que deve ser "reservado o cárcere aos casos mais graves e retirando do sistema aqueles cujas condições pessoais mostram que os ônus da manutenção no sistema superam, e muito, o da retirada 'antecipada' do apenado".

A Carta Magna prevê, em seu art. 84, XII, competir privativamente ao Presidente da República "conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei". Os decretos presidenciais apresentam os requisitos, objetivos e subjetivos, a serem preenchidos para a concessão de indulto e comutação da pena.

Juntamente com a anistia e a graça, encontra-se entre as causas extintivas de punibilidade constantes do art. 107, II, do CP.

O CPP prevê, em seu art. 41, que se o réu for beneficiário do indulto, de ofício ou a pedido, providenciará conforme o art. 738, estabelecendo que: "*concedida a graça e junta aos autos cópia do decreto,* o juiz declarará extinta a pena ou penas, *ou*

27. MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Bookseller, 1997. vol. 3, p. 425-426.

28. ORTEGA, José Llorca. Op. cit., p. 17-18.

ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de redução ou comutação de pena". Previsão análoga encontra-se na Lei de Execuções Penais, em seu art. 187.

O Código Penal Militar prevê a extinção de punibilidade pelo indulto em seu art. 123, II, e o Código de Processo Penal Militar rege a matéria em seus arts. 643 e 650.

4. O INDULTO E A COMUTAÇÃO NO BRASIL

Em um escorço histórico do indulto – não pretendemos aqui realizar uma reconstrução histórica específica do instituto – pelas primeiras Constituições do país, observa-se que o constituinte brasileiro inseriu o indulto em todas as Cartas Constitucionais promulgadas a partir da Independência.

Na Constituição de 1824, o Imperador exercia o poder moderador e tinha o poder de perdoar ou moderar as penas impostas aos réus condenados por sentença (art. 101, § 8.º). Com a República, e a Constituição de 1891, ainda com a emenda de 1926, se reservou como competência do Presidente da República indultar e comutar as penas (art. 48, § 6.º), tradição mantida até os tempos atuais.

O STF, no julgamento do HC 82.296/AM, ao analisar a legalidade e constitucionalidade do indulto condicional previsto no Dec. 4.011/2001,[29] apresentou um retrospecto sucinto do indulto em todas as constituições brasileiras através do voto do relator, o decano Min. Celso de Mello:

"*A Carta Política do Império*, de 1824, *de modo mais amplo*, incluiu, no alcance concreto do Poder Moderador, *exercido* pelo Imperador, *a faculdade* de perdoar *ou* moderar as penas impostas aos réus condenados por sentença (art. 101, VIII) ou, ainda, de conceder anistia 'em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado' (art. 101, IX).

Já a Constituição republicana de *1891* limitou essa competência *do então* Chefe do Poder Executivo (Presidente da República) aos atos de indulto *e* comutação *relativos* às condenações penais impostas pela Justiça Federal (art. 48, § 6.º), *havendo exceção* quanto à comutação *ou* ao perdão das penas referentes aos crimes de responsabilidade dos funcionários federais, *que passa* a integrar as atribuições do Congresso Nacional (art. 34, § 28). *Nos crimes* de competência judicial *estadual*, o poder de graça *pertencia* ao Governador do Estado. A concessão de anistia passou a ser incumbência *exclusiva* do Poder Legislativo (art. 34, § 27).

29. Considerando que a competência constitucional de conceder indulto, exercida pelo Presidente da República, confere ao seu titular – como ato espontâneo de clemência – a prerrogativa de impor condições ao seu aperfeiçoamento, tendo em vista razões de ordem político-criminal e, sobretudo, a necessidade de preservar a integridade dos interesses da própria coletividade.

A Constituição de 1934, por sua vez, manteve o poder de anistiar na esfera de competência do Legislativo (art. 40, '*e*') e, em caráter *privativo*, outorgou ao Presidente da República a prerrogativa de '*perdoar e comutar, mediante proposta dos órgãos competentes, penas criminais*' (art. 56, § 3.º).

A Carta de 1937, coerente com o espírito autoritário que a animou, deferiu, 'tout court', ao Presidente da República o exercício de todas as faculdades inerentes ao poder de graça (art. 74, '*n*', *na redação* dada pela Lei Constitucional 9/1945).

Em 1946, no entanto, a *Constituição* inaugurada naquele ano restaurou a dualidade de competências pertinentes ao poder de graça do Estado, *reconhecendo* ao Presidente da República a prerrogativa de "conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei" (art. 87, XIX), *e deferindo* ao Congresso Nacional a competência exclusiva para os atos concessivos de anistia (art. 66, V).

A Carta de 1967 reproduziu, *virtualmente*, as mesmas disposições da Constituição anterior (arts. 46, VIII, *e* 83, XX), no que foi seguida pela Carta outorgada através da EC 1, *de 1969* (arts. 43, VIII, *e* 81, XXII).

Finalmente, a Constituição Republicana de 1988 *manteve* a competência *privativa* do Presidente da República para '*conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei*' (CF, art. 84, XII), *e a do* Congresso Nacional para a concessão de anistia (art. 48, VIII)" (destaque do original).

Atualmente, a Presidência da República publica, todos os anos, Decretos de Indulto. Como a sua publicação costuma ocorrer no fim do ano, e se costuma utilizar como baliza a data de 25 de dezembro para a obtenção do benefício, convencionou-se denominá-lo de Indulto Natalino ou Indulto de Natal.[30]

Nem sempre, entretanto, os decretos de indulto foram promulgados em período natalino, e já foi concedido em diversas outras datas, festivas ou não.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o presidente José Linhares concedeu indulto em 03.12.1945 a oficiais e praças integrantes das Forças Expedicionárias Brasileiras (FEB), comutando e indultando a pena de oficiais nacionais e estrangeiros (Dec. 20.082 de 03.12.1945).

Juscelino Kubitschek, alegando que a transferência da Capital da república para Brasília constituía "acontecimento de singular relevância para a Nação Brasileira", e que "todos os brasileiros devem participar desse acontecimento, inclusive os que

30. É comum confundir-se o indulto natalino com a visitação de Natal, concedida aos presos em semiliberdade, para que visitem a família. No entanto, são institutos completamente diversos: a visitação de Natal relaciona-se com a saída temporária concedida a presos no regime semiaberto, quando deve o apenado retornar para a instituição penal para seguir cumprindo sua pena; no caso do indulto, extinta está a pena, não restando mais nada a cumprir pelo apenado.

estão em cumprimento de penas", concedeu indulto no mês de abril, através do Dec. 48.136 de 20.04.1960.

Merece registro o Dec. 52.377, de 19.08.1963, do presidente João Goulart, que em comemoração ao "Dia do Encarcerado", concedeu indulto e comutação àqueles que preenchiam as condições ali previstas.

Em 1980, em razão da visita do papa João Paulo II ao Brasil, a primeira visita de um papa ao nosso país, o presidente João Paulo Figueiredo editou um decreto de indulto em 27 de junho daquele ano, "considerando que a visita de Sua Santidade o Papa João Paulo II se reveste da mais alta significação cristã e que é da tradição brasileira a concessão de indulto, em ocasiões especiais, aos condenados que tenham condições para reintegrar-se no convívio social".[31]

4.1 Os decretos de indulto no Brasil desde 1988

Em 1988, o Dec. 96.035, assinalando o Centenário da Abolição da Escravatura, fixou o dia 13.05.1988 como marco temporal para a obtenção do perdão. Este decreto ainda antecedeu a nova ordem constitucional, diante da aprovação, em 05 de outubro daquele ano, da Carta Cidadã.

No ano seguinte, fixou-se o dia 15 de novembro, data comemorativa da Proclamação da República. No governo do presidente Fernando Collor, entre 1990 e 1991, os decretos fixaram como marco o dia 25 de dezembro, aludindo aos festejos do Natal.

Com o *impeachment* de Collor, o vice-presidente, Itamar Franco, assumiu a presidência da República em 02.10.1992 e em pouco mais de uma semana no cargo, aparentemente utilizando o indulto de forma política (ou na lição de Blackstone) promulgou o Dec. 668, o qual embora aludisse ao advento do Natal, fixou como marco temporal para a obtenção do perdão, a data da publicação do decreto, este publicado dois meses antes do Natal, em 16.10.1992.

Recém-empossado, o Presidente, após o sofrido processo de derrubada de seu antecessor, antecipou o indulto, fortalecendo a legitimidade de seu exercício. No ano seguinte, Itamar Franco ampliou os limites para obtenção do indulto e, ainda, para a comutação.

De 1993 até os tempos atuais os decretos presidenciais fixam o dia 25 de dezembro dos anos respectivos para a verificação do requisito objetivo para a concessão do indulto ou comutação.

31. O Dec. 76.550 de 05.11.1975, também fez menção ao papa (Paulo VI) e ao "apelo feito por Sua Santidade a todos os governantes no sentido de que as celebrações do ano Santo sejam marcadas por atos de clemência".

Historicamente os decretos de indulto excluíam do benefício os sentenciados por crimes graves,[32] evitando-se colocar em pé de igualdade os condenados por crimes que ferem profundamente a ordem social e os sentenciados por crimes leves, crimes sem violência. Por outro lado, o indulto sempre foi uma forma de atenuar penas excessivamente severas ou rigorosas.[33]

Os decretos presidenciais, que antes possuíam uma longa lista de crimes excluídos do benefício, desde o decreto de 1992, reduziram as hipóteses de vedação.

Crimes como quadrilha ou bando, sonegação fiscal, abuso de autoridade, envenenamento de água potável, corrupção ativa, tráfico de mulheres, crimes cometidos por grupos armados contra a democracia, entre outros, deram espaço a uma lista simplificada, com poucos incisos, incluindo basicamente os crimes definidos como hediondos, o crime de tortura e tráfico ilícito de entorpecentes (a despeito da previsão do art. 2.º da Lei 8.072/1990), com poucas variações.

A noção de que a aplicação do benefício estivesse rechaçada em relação a certos tipos ou categoria de crimes foi esmaecendo-se para dar espaço a uma considerável flexibilização da aplicação do benefício, atingindo, progressivamente, apenados inclusive por crimes graves.

Uma análise retroativa permite-nos entender a evolução da amplitude do instituto, e sua crescente utilização como válvula de escape (para nos utilizarmos de uma expressão de Jhering)[34] do sistema, manejando as cláusulas gerais estabelecedoras dos requisitos para a obtenção do perdão de forma a, como o lento girar de uma torneira que aos poucos libera mais a corrente, alterar ligeiramente as frações e limites, de modo a perdoar cada vez mais presos, aquecendo a rotatividade das escassas vagas prisionais que não dão conta da crescente clientela penal (que cresce não somente pela densidade demográfica, mas em decorrência do aumento de prisões cautelares, de novas normas criminalizadoras, de penas majoradas e de redução de garantias, mas também pelo considerável aumento da eficiência dos órgãos da persecução penal nos últimos anos, principalmente com novas técnicas de investigação que vieram com a tecnologia dos grampos de toda ordem e afins).

Observando apenas as regras gerais para o indulto e comutação (excetuando-se, portanto, as condições especiais, que se aplicam com menor frequência e variam mais de decreto para decreto), iremos constatar os vetores essenciais para a concessão do benefício, e sua variação ascendente no decorrer dos anos.

32. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 457.

33. BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 199-201.

34. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Ed. Armênio Amado, p. 338-346.

Verificamos que a vedação de sua aplicação aos crimes de roubo e roubo qualificado, existiu até 1990, quando então se passou a prever a concessão de perdão nestes crimes em situações especiais.[35]

Nos decretos seguintes não houve mais vedação à concessão do benefício nestes casos, havendo apenas restrição ao roubo quando da violência resultar lesão grave ou morte (§ 3.º do art. 157 do CP).

Sabidamente, os crimes de roubo representam praticamente 1/3 da população prisional masculina.[36] Entre a população feminina, que representa cerca de 6% do número total de presos, o crime mais comum é o de tráfico de entorpecentes, beirando 60% dos delitos.

Enquanto o número de presos subia, o número de vagas em alguns anos chegava a decair.[37] A ampliação do indulto para os crimes de roubo e roubo qualificado, palmilhava o caminho da grande expansão do sistema penitenciário.

Com a Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), e sua previsão, em seu art. 2.º, I, que veda a concessão de indulto àqueles crimes,[38] a ampliação dos limites de

35. As condições especiais estão descritas no art. 2º daquele Decreto, como: "I – ter completado sessenta e cinco anos, se homem, ou sessenta, se mulher, desde que hajam cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes, e hajam praticado os crimes com menos de vinte e um anos de idade; II – sejam mães de filhos menores de quatorze anos, desde que, igualmente, hajam cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes; III – encontrem-se em estado avançado de qualquer doença grave, de moléstia incurável ou contagiosa, assim diagnosticada por laudo médico oficial; IV – tenham cumprido dois terços da pena se esta for inferior ou igual a doze anos, desde que hajam praticado o crime com dezoito a vinte e um anos de idade". As regras de comutação, aplicáveis também a esses crimes, foram estabelecidas no art. 3.º.

36. Segundo dados consolidados do Infopen, em torno de 30% da população carcerária está relacionada a crimes de roubo: [www.infopen.gov.br].

37. Em 2008, possuíamos 296.428 vagas (para 393.488 presos), enquanto em 2009 possuíamos 294.684 vagas (para 417.112 presos), conforme dados consolidados do Infopen: [www.infopen.gov.br].

38. Na doutrina e na prática jurídica, muitos se insurgiram quanto à inconstitucionalidade do dispositivo, diante do fato de o constituinte somente ter limitado o poder presidencial, previsto no art. 84 da CF, em relação à concessão de graça (indulto individual), e anistia, em seu art. 5.º, XLIII. A questão chegou ao Plenário do STF, através do HC 77.528-0/SP, decidindo-se no sentido de que a expressão *graça*, contida na CF em seu art. 5.º, XLIII, deve ser interpretada de forma a abranger o indulto. O Min. Sydney Sanches, relator do *writ*, observou em seu voto que o art. 84, XII, da CF, utiliza a expressão *indulto* em seu sentido amplo, de modo a abranger o indulto individual (graça) e o coletivo. Observou, ainda, o ministro, que a interpretação não deveria colocar em conflito duas normas da CF, a do inc. XLIII do art. 5.º, que proíbe a graça nos casos de crimes hediondos definidos em lei, e a do inc. XII do art. 84 que atribui poder ao Presidente da República para conceder

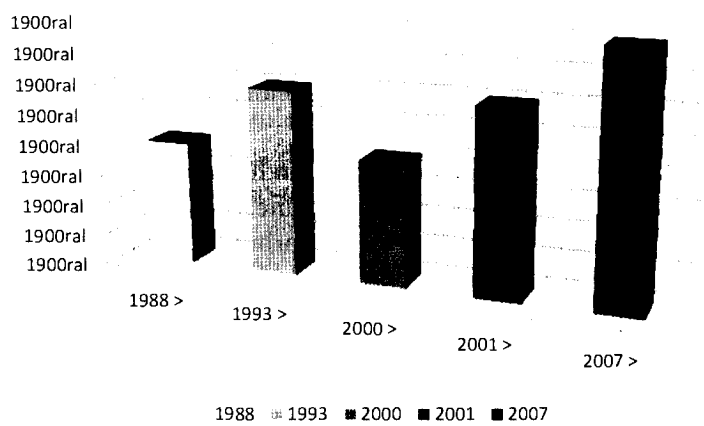
indulto através dos decretos presidenciais não poderia ocorrer sobre novos tipos penais mais graves.

Para que a torneira continuasse a abrir e a válvula de escape da Política Criminal continuasse a corrigir o desvio do sistema precário prisional, impedido de incluir novos crimes no rol dos benefícios coletivos, o Chefe do Executivo precisaria alterar os limites temporais das penas. Dessarte, o limite de quatro anos de condenação para a obtenção do indulto, previsto no art. 1.º dos decretos de 1988 até 1992, restou ampliado para seis anos em 1993.

De 1993 em diante, este limite foi mantido até o ano 2000, quando foi novamente fixado o limite de quatro anos. No ano seguinte, o presidente Fernando Henrique Cardoso voltou atrás, e fixou novamente o limite de seis anos, marcando a tendência até então, que veio a ser mantida durante todos os anos seguintes, até 2007.

Em 2007, quando o sistema prisional estava com um déficit de 117.061 vagas (13.629 mais do que o ano anterior)[39] o presidente Luiz Inácio Lula da Silva veio a modificar novamente o limite previsto no art. 1.º do decreto, majorando-o para oito anos. Tal patamar vem sendo mantido até os tempos atuais. Veja-se o gráfico a seguir:

Evolução dos limites temporais de condenação (em anos)



indulto (individual e coletivo), sem fazer distinções quantos aos crimes praticados. Concluiu, por fim, que a Lei veio a proibir, expressamente, o que já estava implicitamente vedado na Constituição. A votação não foi unânime e, aprofundando-se no tema, é indicada a leitura do voto do Min. Marco Aurélio, que distinguia graça de indulto.

39. Dados consolidados do ano de 2007. Disponível em: [www.infopen.gov.br].

Analisando o retrospecto dos últimos anos, vemos que o limite temporal duplicou após seu primeiro ajuste, em 14 anos (de 1993 a 2007). É neste período, alcunhado pela doutrina como o Grande Encarceramento, em que se verifica a vertiginosa expansão da população carcerária: "Se os Estados Unidos são os maiores carcereiros do mundo, o Brasil passou a ocupar um lugar importante: em 1994 (quando FHC aprofunda o que Collor havia tentado) o Brasil tinha 110.000 prisioneiros. Em 2005 já eram 380.000 e hoje estamos com cerca de 500.000 presos e 600.000 nas penas alternativas".[40]

Nesse período, portanto, o aumento da população carcerária mais do que triplicou, e caminhamos assim, a cada pavilhão erguido, com celas coletivas para dezenas de presos, ampliando milhares de vagas e mais vagas, na disputa pelo protagonismo mundial do encarceramento em massa.

E tudo sob o maná da ressocialização, do suposto caráter terapêutico que a prisão teria sobre o espírito do criminoso, embora os agentes envolvidos e penitenciaristas já tenham, há muito, alertado que "a penitenciária não pode recuperar criminosos nem pode ser recuperada para tal fim".[41]

Paralelamente à ampliação das hipóteses de concessão do indulto, ocorreram alterações substanciais nas frações exigíveis para a obtenção da comutação, de modo a ampliar a sua aplicação.

Enquanto as frações para obtenção do indulto nunca foram alteradas na nova ordem constitucional, as frações para a obtenção da comutação (também denominada *indulto parcial*) sofreram ajustes.

As frações de cumprimento de pena para receber a comutação, eram fixadas em 1/3, para os primários, e em 1/2, para os reincidentes. Essas frações valeram de 1988 até 1992.

O Dec. 953 de 1993 (o mesmo que majorou o limite de quatro para seis anos de pena, para a obtenção de indulto), veio a modificar as frações para a obtenção da comutação, que passaram a ser de 1/4, para primários, e 1/3, para reincidentes. Estas frações permanecem até os tempos atuais.

Quanto às demais frações de redução de pena, inerentes à comutação, estas variavam bastante, trazendo por vezes até seis frações diferentes (v.g., Dec. 99.915/1990). A partir do Dec. 2.365 de 1997 até atualmente, firmou-se que, obtida a comutação, esta consistirá em redução na proporção de 1/4 da pena, para o não reincidente, e de 1/5, se reincidente.

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

41. THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Prefácio à 1ª edição, p. XIX.

Em relação aos requisitos subjetivos, houve uma redução dos dispositivos referentes ao cumprimento de uma série de requisitos cuja subjetividade dificultava a concessão do benefício. Hoje em dia exige-se tão somente a inexistência de aplicação de sanção,[42] por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos 12 meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação do decreto.

5. CONCLUSÃO

Podemos, ao analisar os últimos decretos de indulto, verificar uma tendência em se aplicar o instituto de forma cada vez mais ampla.

Na exposição de motivos do Decreto de Indulto de 2013, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária observa que "as possibilidades de hipóteses de indulto ou comutação aumentam na medida em que se reconhece o tanto que a qualidade do sistema penal-penitenciário se deteriora".

É inegável a crescente aplicação do indulto como ferramenta de política criminal, como válvula de escape do sistema penitenciário, desvinculando-o de sua histórica vedação a crimes graves ou destinada àqueles com penas menores (não substituíveis por restritivas de direitos).

Há mais de uma década os decretos de indulto preveem a concessão do indulto aos que, mesmo reincidentes, e independentemente do tempo de sua condenação, tenham cumprido, ininterruptamente, mais de 20 anos da pena.

O aumento de sua aplicação para corrigir superlotações é um sintoma da paralisia estatal na construção de unidades prisionais adequadas para o sistema progressivo, superlotando unidades de regime fechado com presos de regime semiaberto, assim como da majoração de penas para uma diversidade de crimes, revelando ainda a necessidade de se repensar a cultura de *prisões cautelares antecipatórias de penas*, em um sistema no qual quase metade dos presos são provisórios, sem pena definitiva.

Por outro lado, a sua aplicação residual, originada para corrigir excessos e rigores desmedidos, substituída por uma aplicação mais ampla, usual e corriqueira, coloca em xeque o próprio sistema penal, sua simbologia, sua eficácia, à medida que com uma infraestrutura precária e insuficiente acaba por criar penas incapazes de serem cumpridas (de forma semelhante ao descrédito da política tributária, com uma tributação exagerada, sempre amparada por um Refis ou similar), tanto pelo

42. Reconhecida pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Estado, por sua falta de infraestrutura, quanto pelo apenado, diante de unidades superlotadas que rotineiramente equivalem a condição de tratamento cruel e degradante violadoras da dignidade e dos direitos fundamentais da pessoa humana.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A BÍBLIA SAGRADA. Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

BARBOSA, Licínio. *Do indulto – Um gesto de clemência no direito penal.* Disponível em: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:JjX7a1rW2u4J:www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/download/11688/7675+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br]. Acesso em: 26.12.2013.

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

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* São Paulo: Martin Claret, 2001.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England: of private wrongs.* Chicago: The University Chicago Press, 1979.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal.* Rio de Janeiro: Forense, t. III.

DUKER, William F. The president's power to pardon: a constitutional history. 18 *Wm. & Mary L. Rev.* 475 (1977).

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista.* Brasília: UnB, 1984.

JUNG, Carl. *Resposta a Jó.* Petrópolis: Vozes, 1986.

KOBIL, Daniel. The quality of mercy strained: wresting the pardoning power from the king. 69 *Tex.L.Rev.* 569. Estados Unidos, 1991.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal.* São Paulo: Bookseller, 1997. vol. 3.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal.* São Paulo: Atlas, 1988.

NUNES, Adeildo. *Da execução penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ORTEGA, José Llorca. *La ley de indulto – Comentarios, jurisprudencia, formularios y notas para su reforma.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

PLUTARCO. *Vidas paralelas – Sólon e Publícola.* Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2012.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito.* Coimbra: Ed. Armênio Amado.

SARAT, Austin. Mercy on trial: what it means to stop an execution. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

SEBBA, Leslie. *Criminology: the pardoning power – A world survey.* 68 *J. Crim. L. & Criminology* 83, 85-110 table (1977).

SILVA, Thiago de Oliveira. Ensaio sobre o indulto: impacto das teorias das representações sociais e dos sistemas. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 07.01.2014.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ANEXO

[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
96.035	11.05.1988	José Sarney	(art. 1.º) penas até 4 anos	Excluía crimes como roubo, receptação, quadrilha ou bando, sequestro, estupro, corrupção de menores, abuso de autoridade, contra a economia popular, sonegação fiscal, tráfico, e de perigo comum em sua modalidade dolosa
98.389	13.12.1989	José Sarney	(art. 1.º) penas até 4 anos	
99.915	24.12.1990	Fernando Collor	(art. 1.º) penas até 4 anos	Excluiu do benefício aqueles condenados por crimes denominados hediondos (Lei 8.072/1990) e manteve a exclusão de crimes como roubo, extorsão e sonegação fiscal
245	28.10.1991	Fernando Collor	(art. 1.º) penas até 4 anos	Exclui do benefício aqueles condenados por crimes como o roubo qualificado pelo resultado da violência (art. 157, § 3.º), passando o roubo simples a ser passível de indulto
668	16.10.1992	Itamar Franco	(art. 1.º) penas até 4 anos	Reduz os crimes excluídos aos definidos como hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, homicídio qualificado e sequestro
953	08.10.1993	Itamar Franco	(art. 1.º) penas até 6 anos	Majoração da baliza principal e diminuição dos parâmetros para a obtenção da comutação
1.242	15.09.1994	Itamar Franco	(art. 1.º) penas até 6 anos	
1.645	26.09.1995	Fernando Henrique Cardoso	(art. 1.º) penas até 6 anos	
1.860	11.04.1996	Fernando Henrique Cardoso	(art. 1.º) penas até 6 anos	Trata do Indulto Condicional

RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira. O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 117. ano 23. p. 423-441. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

Decreto	Data	Presidente da República	Limite para o indulto	Dados adicionais
2.002	09.09.1996	Fernando Henrique Cardoso	(art. 1.º) penas até 6 anos	
2.365	05.11.1997	Fernando Henrique Cardoso	(art. 1.º) penas até 6 anos	
2.838	06.11.1998	Fernando Henrique Cardoso	(art. 1.º) penas até 6 anos	
3.226	29.10.1999	Fernando Henrique Cardoso	(art. 1.º) penas até 6 anos	
3.667	21.11.2000	Fernando Henrique Cardoso	(art. 1.º) penas até 4 anos	Retorno à baliza de 4 anos
4.011	13.11.2001	Fernando Henrique Cardoso	(art. 1.º) penas até 6 anos	Retorno à baliza de 6 anos
4.495	04.12.2002	Fernando Henrique Cardoso	(art. 1.º) penas até 6 anos	
4.904	01.12.2003	Luiz Inácio Lula da Silva	(art. 1.º) penas até 6 anos	
5.295	02.12.2004	Luiz Inácio Lula da Silva	(art. 1.º) penas até 6 anos	
5.620	15.12.2005	Luiz Inácio Lula da Silva	(art. 1.º) penas até 6 anos	
5.993	19.12.2006	Luiz Inácio Lula da Silva	(art. 1.º) penas até 6 anos	
6.294	11.12.2007	Luiz Inácio Lula da Silva	(art. 1.º) penas até 8 anos	Majoração da baliza para 8 anos
6.706	22.12.2008	Luiz Inácio Lula da Silva	(art. 1.º) penas até 8 anos	Prevê o indulto em medida de segurança
7.046	22.12.2009	Luiz Inácio Lula da Silva	(art. 1.º) penas até 8 anos	
7.420	31.12.2010	Luiz Inácio Lula da Silva	(art. 1.º) penas até 8 anos	
7.648	21.12.2011	Dilma Rousseff	(art. 1.º) penas até 8 anos	Previsão relacionada à Educação e aos que já cumpriram parte de sua liberdade condicional
7.873	26.12.2012	Dilma Rousseff	(art. 1.º) penas até 8 anos	Traz previsão para homens e mulheres que tenham filhos menores ou com deficiência e frações distintas para cada gênero
8.172	24.12.2013	Dilma Rousseff	(art. 1.º) penas até 8 anos	Buscou retirar a atribuição dos Conselhos Penitenciários de se manifestar sobre indulto coletivo
8.380	24.12.2014	Dilma Rousseff	(art. 1.º) penas até 8 anos	

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Indulto de crimes não impeditivos em concorrência com crimes impeditivos e outras reflexões: constitucional?, de Leonardo Melo Moreira - *RBCCrim* 112/369-389 (DTR\2015\1987);
- Indulto especial, de Damásio E. de Jesus - *RBCCrim* 6/288-292 (DTR\2011\2875); e
- O indulto e as condições subjetivas do sentenciado, de Francisco Dias Teixeira - *RBCCrim* 25/115-123 (DTR\1999\7).

RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira. O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 423-441. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco, de Antonio Doval Pais

Chiavelli Facenda Falavigno

Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada.

chiavelli.falavigno@gmail.com

Dados bibliográficos: Doval Pais, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco.* Valência: Tirant lo Blanch, Universitat de Valência, 1999.

Resenha

O autor da obra é professor nas Universidades de Valência e Alicante, na Espanha, sendo sua área de conhecimento o Direito Penal. Suas publicações, entre livros e artigos, se iniciam em 1989 e vão até o corrente ano.

A obra tem início analisando os ditames do direito positivo, que exige, principalmente em sede de direito penal, a descrição, em sede legislativa, das condutas puníveis. Vigora, portanto, como norma basilar do sistema, o princípio da legalidade. No entanto, para que este princípio seja de fato adimplido, não basta a mera existência da lei, devendo ser a lei apta a atender determinadas exigências.[1]

A partir daí, se detecta um dos principais problemas nessa seara: "En efecto, la eficacia práctica del principio de legalidad depende en gran medida de cuestiones de técnica legislativa, que abarcan tanto aspectos de enunciado linguístico como aspectos de estructura normativa".[2]

Tais questões podem ser analisadas, em primeiro lugar, pelo viés gramatical, o que se soluciona pelo uso da linguagem culta, mesmo que ainda permaneçam dificuldades como ambiguidades e vaguezas conceituais. Porém, em segundo lugar,

1. A obra analisa essas exigências em um capítulo próprio, o qual se intitula: "Reconocimiento y exigencias derivadas del principio de legalidad en materia penal", com início na p. 31. O capítulo se divide entre exigências formais e exigências materiais.

2. Doval Pais, Antonio. *Posibilidades y límites...* p. 25.

Falavigno, Chiavelli Facenda. Resenha à obra *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, de Antonio Doval Pais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 445-447. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

emana o problema da sistematicidade na formulação das leis, o que aponta para uma necessária restrição em matéria de remissões normativas. Para o autor, tais remissões vulneram a reserva legal, transferindo poder decisório ao Executivo ou ao Judiciário, o que coloca em risco, portanto, a liberdade dos cidadãos.

As causas desse entrave não estão resumidas apenas ao que o autor chama de "preguiça do legislador", e sim a um conflito entre os diversos fins das leis penais, que seriam: linguístico ou comunicativo, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético. A solução desse conflito, então, não passa somente pela técnica legislativa, e sim pela política legislativa e, em última análise, pela política criminal.[3]

Em sua segunda parte, a obra trata especificamente do problema da formulação das leis penais em branco, iniciando por discutir seu próprio conceito, com referencia às obras de Binding e Mezger. Após, discute-se qual a função das leis penais em branco, concluindo-se pela sua utilidade na regulação de matérias que dependem de maior flexibilidade normativa.

Tais matérias seriam aquelas constituídas por bens jurídicos cujos conceitos se compõem de uma série de condições ditas *normativizadas*, ou seja, expressadas por outras normas jurídicas. Seriam bens jurídicos *altamente formalizados*, conforme o autor.[4] Os exemplos seriam a ordem socioeconômica, a ordenação do território, o meio ambiente e os recursos naturais. Ademais, os ataques a esses bens jurídicos poderiam advir de direções muito diversas, sendo impossível sua previsão em concreto no momento da formulação típica.

Contudo, nem todas as modalidades de remissões estariam aptas a efetivamente dotar a lei penal em branco da flexibilidade que esta se propõe a ter. Apenas algumas delas seriam eficazes na regulação de matérias que dependem de outros setores do ordenamento jurídico. As remissões aptas seriam: "remisiones relativas al supuesto de hecho (y no a la consecuencia jurídica), determinadas remisiones externas (y no internas), remisiones dinámicas (y no estáticas), remisiones interpretativas o en bloque, remisiones generales o especiales, y finalmente, remisiones explícitas o implícitas".[5]

O autor descreve, então, como deveriam ser feitas tais remissões, finalizando sua análise pela abordagem das polêmicas referentes à constitucionalidade das leis penais em branco. Nesse caso, tanto doutrina quanto jurisprudência adotam uma solução temperada, que parece ser a única solução possível: "tanto la doctrina, en general, como el Tribunal Constitucional se han venido decantando por resolver el anterior dilema optando por la técnica de las leyes penales en blanco, cuyo uso se

3. Idem, p. 30.

4. Idem, p. 108.

5. Idem, p. 115.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Resenha à obra *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, de Antonio Doval Pais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 445-447. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

limita sólo para atender ciertos casos y siempre que se cumplan determinados requisitos en su formulación".[6]

Ainda que não se possa, no breve espaço dessa resenha, analisar com profundidade todos os elementos abordados pela obra, tem-se que esta é essencial ao estudo das leis penais em branco, pois aborda o tema sob o viés da política criminal, da dogmática e também das questões constitucionais. O autor de fato enfrenta o problema do uso indiscriminado de remissões normativas e suas consequências, analisando as causas do problema e propondo soluções por meio de limites para a formulação dessas leis, abrangendo tanto questões de origem e finalidade das normas quanto de técnicas legislativas.

No Brasil, o problema das normas penais em branco e do uso excessivo de remissões normativas segue sem uma análise aprofundada, ainda que surjam, diariamente, bens jurídicos ditos difusos ou supraindividuais que acarretam a proliferação dessa polêmica técnica legislativa. Grande parte da doutrina, ao abordar as leis penais em branco, repete as mesmas poucas linhas que apenas conceituam o instituto. Ou seja, o uso e a abrangência das leis penais em branco mudaram no cenário criminal nacional; porém, sua abordagem pela literatura especializada segue a mesma, sem acrescentar os contornos atuais ao debate da questão.

A obra do professor Doval Pais é um bom começo para quem pretende aceitar o desafio de pesquisar seriamente o tema.

---

6. DOVAL PAIS, Antonio. Posibilidades y limites... p. 140.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Resenha à obra *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, de Antonio Doval Pais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. 445-447. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.