ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 23 • vol. 116 • set.-out. / 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.º Secretária
Eleonora Rangel Nacif
1.º Tesoureira
Fernanda Regina Vilares
2.º Tesoureira
Cecília de Souza Santos
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Carlos Roberto Isa

Conselho Consultivo

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

Ouvidor

Yuri Felix

Suplentes da Diretoria Executiva

André Adriano Nascimento da Silva
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

Three Strikes and You're Out: uma análise econômica das penas
Three Strikes and You're Out: an economic analysis of the penalties
Daniel Silva Boson 17

Justificação (Primeira Parte)
Justification (First Part)
Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar ... 39

A ausência de vinculação entre a espécie de flagrante e o crime impossível
Lack of connection between the type of flagrante delicto and impossible crime
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Oswaldo Henrique Duek Marques 77

"Alternativas: nenhuma". Sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico
Alternatives: none. On the latest critique to the personal theory of legal interest
Ulfrid Neumann
Tradução por Raphael Boldt 97

Parte Especial

Homicídio passional – Uma discussão entre crime privilegiado e qualificado
Crime of passion, aggravated crime or voluntary manslaughter?
Carla Viviane Bertoch Baptista 113

Processo Penal

Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista
Intimate conviction, the jury veredict delivery and appeals based on elements contrary to the evidences of the process: the need of

a compatible conformation with a process based in guaranteeism (Ferrajoli's doctrine of criminal "garantismo")
ANTONIO DE HOLANDA CAVALCANTE SEGUNDO e NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO 149

Tribunal do Júri e o livre convencimento dos jurados
Jury Trials and jurors' free convincement
DANIELLE PEÇANHA ALVES e JOSUÉ MASTRODI 173

Julgando a liberdade em linha de montagem: uma observação etnográfica dos julgamentos dos *habeas corpus* nas sessões das Câmaras Criminais do TJPE
Trials that are run like an assembly y line: an etnographic observation of habeas corpus trials in sesseions held at the criminal courts of the Pernambuco state
MANUELA ABATH VALENÇA 207

Direitos no processo penal: um estudo de caso sobre convergência e direitos de *disclosure*
Rights in criminal procedure: a case study about convergence and rights to disclosure
MÁXIMO LANGER E KENT ROACH
Tradução por ROGÉRIO FERNANDO TAFFARELLO 239

Efetividade do processo e técnica processual na execução penal – Um exame da prática premiada pelo X Prêmio *Innovare*
Process' effectiveness and procedural technique in the Criminal Court – A exam of the practice awarded by the X Innovare Prize
THIAGO COLNAGO CABRAL 259

Os apartes do Tribunal do Júri à luz da Constituição Federal
Heckling in jury trials in the light of the Federal Constitution
WILLIAM CÉSAR PINTO DE OLIVEIRA 275

CRIME E SOCIEDADE

Países Baixos: o infindável debate acerca da descriminalização da maconha
The Netherlands: the endless debate about the decriminalization of marijuana
CARMELA MARCUZZO DO CANTO CAVALHEIRO 319

A criminalização dos imigrantes irregulares e a edificação do subsistema penal de exceção (ou do inimigo): o triste exemplo da legislação italiana e espanhola

The criminalization of the illegal immigrants and the construction of the penal exception subsystem (or the enemy): the sad example of the Italian and the Spanish legislation

José Francisco Dias da Costa Lyra 337

Análise dos paradigmas de uma subcultura delinquencial na fronteira entre Portugal e Galícia a propósito de um estudo da tríplice fronteira entre Brasil, Paraguai e Argentina

Analisys of the paradigms of a delinquent subculture in the border between Portugal and Galicia for a study of the triple border between Brazil, Paraguay and Argentina

Marcos Araguari Abreu 383

História do Direito Penal

Ambiguidades da moral civilizatória no Brasil durante o século XIX: política criminal, educação e masculinidade no Nordeste

Ambiguities of the Civilizing Moral in the Nineteenth Century Brazil: Criminal Policy, Education and Masculinity in Nordeste

José Ernesto Pimentel Filho 403

Um debate sobre a cientificidade da antropologia criminalista italiana no século XIX

A discussion about the scientificity of the Italian criminal anthropology in the 19h century

Leonardo Dallacqua de Carvalho 427

Índice Alfabético-Remissivo

Autores 451

Temas 453

Normas de Publicação para Autores de Colaboração Autoral Inédita 459

83016

THREE STRIKES AND YOU'RE OUT: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DAS PENAS

THREE STRIKES AND YOU'RE OUT: AN ECONOMIC ANALYSIS OF THE PENALTIES

DANIEL SILVA BOSON

Mestre em Direito pela UCB. Doutorando em Direito no UniCEUB. Especialista em Administração de Empresas e em Defesa da Concorrência, ambos pela FGV. Professor de Economia Política e de Direito Econômico no UniCEUB. Gestor Público Federal (EPPGG), prestando assessoria jurídico-econômica no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).
danielboson@hotmail.com

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo, tendo como referencial teórico a Análise Econômica do Direito, tem por objetivo apresentar a experiência dos EUA com a política criminal sancionatória denominada *Three Strikes and You're Out*, a qual eleva significativamente as penas para reincidentes. Embora haja divergências sobre algumas das conclusões dos estudos sobre o impacto da lei, a análise econômica desta fornece elementos para repensar os modelos sancionadores estatais. Em síntese, conclui-se que o aumento da pena para reincidentes é justificável, mas que punições semelhantes para crimes violentos e não violentos podem gerar efeitos indesejáveis. Adicionalmente, a utilização de penas alternativas à prisão, dados os custos desta, deve ser considerada.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes – Penas – Reincidência – Custo do Direito – Sistema penal dos Estados Unidos.

ABSTRACT: This article, based on the theoretical framework of the Economic Analysis of Law, aims to present the US experience with the criminal penalty policy called "Three Strikes and You're Out", that increases significantly the penalties for recidivists. Although there is disagreement on some of the conclusions of the studies on the impact of the law, its economic analysis provides elements to rethink the state sanctioning models. In summary , it is concluded that increased penalties for repeat offenders is justified, but that similar punishments for violent and nonviolent crimes can produce undesirable effects. Additionally, the use of alternatives to imprisonment, given the costs of it, should be considered.

KEYWORDS: Crimes – Penalties – Recidivism – Cost of Law – US Criminal System.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A experiência da Califórnia com a *Three Strikes Law* – 3. Estudos econômicos empíricos – 4. Teoria econômica sobre a *Three Strikes Law*: 4.1 Criminoso como agente racional; 4.2 Necessidade de incremento de incentivos para reincidentes; 4.3 Análise de custo-benefício do sistema prisional; 4.4 Diferenciação entre tipos de crimes – 5. Conclusões – 6. Referências Bibliográficas.

BOSON, Daniel Silva. Three Strikes and You're Out: uma análise econômica das penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 17-37. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

1. INTRODUÇÃO

Em 1993, Polly Hannah Klaas, uma garota de 12 anos residente no Estado da Califórnia, foi sequestrada e assassinada por Richard Alle Davis, o qual já tinha tido diversas condenações criminais anteriores. O crime causou comoção nacional, sendo que em março de 1994 foi aprovada a lei californiana Proposition 184,[1] a qual passou a ser conhecida como *Three Strikes and You're Out.*[2] Atualmente, cerca de metade dos estados americanos e o governo federal adotam alguma norma semelhante,[3] mas nenhum a aplica de forma tão disseminada quanto a Califórnia.

Em linhas gerais, essa lei pune a reincidência, de forma que determinados tipos de crimes, em geral mais gravosos, servem de gatilho para o aumento futuro da severidade das penas.[4] Com isso, no caso de uma segunda condenação criminal, duplica-se o tempo de prisão em relação ao que seria fixado na ausência da reincidência, enquanto, na ocorrência de uma terceira, o tempo de encarceramento tende a passar de 25 anos, chegando à prisão perpétua.

Passados quase 20 anos da entrada em vigor da lei, os estudos econômicos ainda apresentam controvérsias sobre os seus efeitos, mas houve uma clara evolução nas metodologias utilizadas. Com isso, os resultados encontrados, em conjunto com a teoria econômica, fornecem informações relevantes para a compreensão do crime e das formas como a política sancionatória o impacta. Destaque-se que a experiência

1. Em plebiscito, 71,85% dos eleitores do Estado votaram a favor da lei. Disponível em: [www.sos.ca.gov/elections/ballot-measures/resources-and-historical-information/history-california-initiatives/].
2. Nome inspirado na regra de *baseball*, em que se o batedor não tiver sucesso até a terceira tentativa de bater na bola com o taco, ele é eliminado.
3. Antes da Califórnia, Texas, em 1973, e Washington, em 1993, já haviam adotado regra similar, sem, contudo, aplicá-la de forma disseminada. Destaque-se também que esse tipo de regra varia conforme o Estado, inclusive quanto ao número de condenações. Na Geórgia, a chamada *two strikes law* dispõe que para determinados crimes mais graves, uma segunda condenação deve resultar em prisão perpétua. Em Maryland, essa pena deve ser aplicada com a quarta condenação, se observadas determinadas circunstâncias.
4. A lógica desta lei também já foi aplicada em outros contextos. Na França, usuários que infringiam leis de direito autoral por programas P2P (*peer-to-peer*), em que interessados fazem trocas diretas de arquivos, eram advertidos por duas vezes, sendo que na terceira estariam sujeitos a multas e suspensão do uso da internet. Contudo, esta última pena deixou de ser aplicada. Neste caso, não foram encontrados efeitos dissuasórios significativos da regra, mas verificou-se migração para meios alternativos, não monitorados, de acesso a conteúdo ilegal, entre os usuários mais bem informados. Em outras palavras, quem conhecia a regra alterou seu comportamento a fim de evitar punição. ARNOLD, M. e al. Graduated response policy and the behavior of digital pirates: evidence from the French three-strike (Hadopi) Law. 2014. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=2380522].

norte-americana é um dos maiores experimentos naturais[5] nesta área, e que naquele país a obtenção de dados para fins estatísticos é bastante sofisticada.

Para a análise do tema, neste artigo utiliza-se o arcabouço teórico da análise econômica dos crimes e das penas, iniciada por Gary Becker. Trata-se de um sub-ramo da análise econômica do Direito, em que se utiliza a teoria e o instrumental da ciência econômica para compreender o comportamento humano perante os incentivos criados pelo Direito.

Por fim, quanto à estrutura, o artigo está dividido em cinco itens, além desta introdução. O item dois apresenta a teoria econômica da pena, ramo do conhecimento ainda pouco difundido no Brasil. O item três apresenta a lei objeto desta análise. O quarto apresenta os estudos econômicos empíricos. O item cinco se utiliza da teoria econômica e dos estudos empíricos para fazer uma análise dos prováveis efeitos da lei. Ao final, apresentam-se as conclusões deste trabalho.

2. A EXPERIÊNCIA DA CALIFÓRNIA COM A *THREE STRIKES LAW*

Nos EUA, mais da metade dos Estados e o governo federal possuem alguma versão da política sancionatória em análise. Entretanto, a Califórnia responde sozinha por 90% dessas condenações no país, sendo que até o ano de 2000, 40.000 condenados foram sentenciados com base nessa lei, enquanto em nenhum outro Estado este número havia passado de 1.000 (ZIMRING; HAWKINS; KAMIN, 2001).[6] Em 2005, haviam sido condenados no Estado mais de 80.000 pessoas pela segunda vez e 7.500 pela terceira, sendo que no ano anterior, cerca de 26% da população carcerária total era de *second strikers* (LEGISLATIVE ANALYST'S OFFICE, 2005).[7] Dessa diferença entre os entes federativos, uma conclusão pode ser extraída. O mero fato de haver uma lei não implica que ela seja a regra criadora de incentivos, pois depende de sua efetiva aplicação e do conhecimento desta pela população. Caso contrário, pode tratar-se de letra morta não apenas no mundo jurídico, mas também na sociedade.

Focando então na norma californiana, cuja aplicação é disseminada, a regra é que determinados tipos de crimes, em geral mais gravosos, servem de gatilho para

5. Experimento natural, também chamado quase-experimento, é o estudo empírico de um objeto sobre o qual o cientista não consegue controlar e manipular as condições da pesquisa, como por razões éticas ou pela impossibilidade de se fazer o estudo em laboratório. Embora tenha sua limitação, há diversos métodos, como os provenientes da estatística, que auxiliam o pesquisador a alcançar conclusões com maior grau de precisão.

6. ZIMRING, F.; HAWKINS, G.; KAMIN, S. *Punishment and democracy*. New York: Oxford University Press, 2001.

7. LEGISLATIVE ANALYST'S OFFICE. *A primer: three strikes – The impact after more than a decade*. Sacramento, California: Legislative Analyst's Office, 2005.

o início da contagem dos *strikes* para agravamento das penas seguintes. Ocorrida a primeira condenação criminal, na segunda duplica-se o tempo de prisão em relação ao que seria fixado na ausência da reincidência, enquanto, na ocorrência de uma terceira condenação, independente do crime, a penalidade seria a maior entre (i) três vezes a pena prevista para o crime, (ii) 25 anos, ou (iii) o tempo de prisão determinado pelo Tribunal.[8]

Com a experiência prática, contudo, o Estado da Califórnia optou por amenizar o rigor da lei em algumas situações, fazendo-se reformas no sentido de torná-la menos severa para alguns crimes. Em 2000, pela Proposition 36, permitiu-se tratamento para usuários de drogas em vez de prisão perpétua.[9] Em 2011, nos termos da *AB 109*, permitiu-se, dentre outros, que condenados por crimes não violentos ou graves se beneficiassem da possibilidade de penas menos severas e liberdade condicional. Em 2012, a também denominada Proposition 36 limitou prisão perpétua em função da terceira condenação para crimes graves ou violentos e outras situações específicas.

Observa-se, assim, que, em 1994, a lei elevou significativamente os custos dos crimes para os reincidentes, mas posteriormente foram promulgadas alterações legislativas que reduziram esses custos para alguns tipos penais. Em alguma medida, essas alterações são suportadas pelos estudos econômicos realizados na vigência da lei.

3. ESTUDOS ECONÔMICOS EMPÍRICOS

Passados quase 20 anos da entrada em vigor da norma, os estudos econômicos sobre os efeitos desta não são totalmente conclusivos. Teoricamente, a análise do poder inibitório das penas sobre os crimes é mais fácil para os crimes econômicos, visto que a principal variável explicativa é o ganho financeiro, além do que a limitação cognitiva é menos aparente.[10] Com relação a crimes não econômicos, como

8. Da pena aplicada, pode haver uma redução do tempo de prisão de até 20% em função de trabalho e bom comportamento.

9. Ante a dificuldade de se combater as drogas por meio do sistema criminal, vêm-se buscando medidas alternativas, inclusive com a legalização, como nos Estados de Washington e Colorado, nos EUA, e no Uruguai. Ressalte-se que a legalização não implica necessariamente em ausência de regulação pelo Estado.

10. Por exemplo, com base em pesquisas econômicas e considerando a racionalidade dos agentes, verificou-se que tendo em vista a baixa probabilidade de detecção de cartéis, inferior a 15% ao ano, bem como o elevado ganho, com aumentos de preços superiores a 20%, as multas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) seriam insuficientes para tornar a prática não lucrativa *ex ante*, ou seja, no momento do cometimento da infração, quando o potencial infrator não sabe se será detectado e punido futuramente pela autoridade. Dada essa insuficiência da multa, recomendou-se a aplicação de

passionais e sexuais, há mais variáveis que influenciam suas ocorrências, de forma que o impacto da variável sanção na redução da criminalidade tende a ser menor.[11] De qualquer forma, os dados obtidos a partir dos efeitos da lei objeto desta análise são dos mais relevantes para a compreensão da economia dos crimes e das penas. Mesmo um criminoso passional ou sexual é racional e em alguma medida é influenciado pelas possíveis consequências dos seus atos.

Dito isso, passa-se a uma revisão da literatura. Verifica-se que especialmente os primeiros estudos econômicos não encontraram efeitos significativos da lei sobre a criminalidade. Males et al. (1999), comparando regiões da Califórnia, não encontraram efeitos relevantes nas taxas de crimes. Inclusive houve regiões com aplicação menos intensiva da lei, como San Francisco, em que se encontraram reduções mais significativas de criminalidade do que em outras onde se observava uma aplicação mais intensa, como Sacramento.[12]

Outros estudos apontaram para um efeito colateral indesejável, que é o aumento do número de crimes violentos. Isso porque, se após duas condenações o criminoso sabe que a sanção, se capturado novamente, será a mesma, independente se ele apenas roubou ou se cometeu um latrocínio, ele pode optar por matar a vítima e as testemunhas para reduzir a chance de ser detectado. Nesse sentido, Kovandzic e Sloan III (2002) encontraram um aumento de homicídios da ordem de 13-14% no curto prazo e de 16-24% no longo prazo quando comparado a cidades que não possuíam a lei.[13] Já Marvell e Moody (2001) encontram, respectivamente, 10-12% e 23-29%, concluindo ainda que haveria pouca evidência de que as leis tivessem algum efeito compensatório em termos de redução de crimes em virtude de dissuasão ou incapacitação.[14]

Chegando a conclusão semelhante, Chen (2008) encontrou modesta redução no número de crimes de roubo, furto e roubo de carros nos estados que adotaram a lei,

---

outras sanções. BOSON, D. S. A (in)suficiência das multas do Cade para dissuasão da prática de cartel. In: RIBEIRO, G. F; GICO JUNIOR, I. T. (eds.). *O jurista que calculava*. Curitiba: CRV, 2013.

11. Há vasta literatura na criminologia, inclusive classificando os tipos de criminosos. MARANHÃO, O. *Psicologia do crime*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

12. MALES, M.; MACALLAIR, D.; TAQI-EDDIN, K. *Striking out : the failure of California's "Three Strikes and You're Out" law*. San Francisco: The Justice Policy Institute, 1999.

13. KOVANDZIC, T.; SLOAN III, J. Unintended consequences of politically popular sentencing policy: the homicide promoting effects of "three strikes" in U.S. cities (1980-1999). *Criminology & Public Policy*. vol. 1. n. 3. p. 399-424. 2002. Os autores utilizaram da metodologia de dados em painel de 188 grandes cidades dos EUA no período de 1970-1998.

14. MARVELL, T.; MOODY, C. The lethal effects of three-strikes laws. *The Journal of Legal Studies*. vol. 30. n. 1. p. 89-106. 2001. Neste caso, a metodologia utilizada foi de séries temporais múltiplas em nível estadual.

mesmo naqueles em que não havia um uso disseminado da mesma. O efeito mais relevante teria sido para homicídios, que teria aumentado mais rapidamente em 12,9% nos estados com a lei em relação aos que não a adotavam. Concluiu ainda que penas mais severas não necessariamente são mais efetivas, e que o uso disseminado da norma na Califórnia teria ultrapassado o ponto ótimo,[15] visto que o custo da lei naquele Estado não era compensado por uma redução significativa de crimes em relação aos demais estados. Essa visão estaria em consonância com Caulkins (2001),[16] embora o próprio autor tenha destacado uma série de limitações do seu modelo.

Iyengar (2008) igualmente encontrou efeitos colaterais ao lado de efeitos positivos. Como benefício, estimou que a entrada em vigor da lei teria reduzido a atividade criminosa em 20% para criminosos sujeitos ao segundo *strike* e em 28% para os de terceiro *strike*. Com isso, teria havido uma redução anual de 148.000 no número de crimes não violentos e de 74.000 no de violentos. No entanto, também encontrou duas consequências indesejáveis, relacionadas à localização e à gravidade dos crimes. Primeiro, houve uma migração de criminosos sujeitos ao segundo *strike*, da ordem de pelo menos 6 pontos percentuais, e ao terceiro *strike*, de pelo menos 8,5 pontos, para estados vizinhos, gerando 50.000 crimes fora das fronteiras da Califórnia.[17] De um ponto de vista nacional, essa migração reduz os benefícios da lei, o que poderia ser solucionado apenas pela adoção das mesmas regras em todos os estados.[18] Segundo, dada a igualdade da pena para os sujeitos ao terceiro *strike*, houve um aumento dos crimes violentos da ordem de 9 pontos percentuais, condicionado ao cometimento de crime.[19] Assim, não houve aumento absoluto do número de condutas violentas, mas se houvesse a diferenciação das penas, poderia

15. CHEN, E. Y. Impacts of "three strikes and you're out" on crime trends in California and throughout the United States. *Journal of Contemporary Criminal Justice*. vol. 24. n. 4. p. 345-370. 2008. A autora utilizou a metodologia de séries temporais com dados cross-section em nível estadual dos anos de 1986 a 2005.

16. CAULKINS, J. P. How large should the strike zone be in "Three Strikes and You're Out" sentencing laws? *Journal of Quantitative Criminology*. vol. 17. n. 3. p. 227-246. 2001. O autor considerou apenas os efeitos da incapacitação. Com isso, concluiu que a lei na Califórnia deveria ter penas mais longas para a primeira condenação e serem reduzidas pela metade para a segunda e terceira condenações, respectivamente, 6 anos e 10 anos (ante uma média de 10 anos e 20 anos da lei atual). Além disso, para o autor, a terceira condenação mais longa deveria ser restrita para crimes violentos.

17. Esses números tendem a estar subestimados porque muitos Estados não possuem os dados para crimes mais leves.

18. No Brasil, em que a legislação criminal é de competência da União, não haveria este problema, salvo em regiões de fronteira com outros países.

19. Aumentou proporcionalmente o cometimento de crimes violentos em relação aos não violentos.

ter ocorrido menos 21.000 crimes violentos, ainda que com aumento do número de não violentos. Isso seria desejável se a sociedade for mais avessa à violência, o que é uma presunção factível.

No total, a autora estimou que essa redução da criminalidade equivaleu a uma economia de US$ 193 milhões. Por outro lado, considerando os custos do encarceramento, estimados em US$ 0,5 bilhão/ano, bem como o aumento relativo de crimes violentos e a migração de criminosos, a autora concluiu que a lei seria uma estratégia cara para redução da criminalidade.[20]

Shepherd (2002) também havia encontrado resultados robustos para o poder de dissuasão da nova lei ao analisar seus efeitos nos dois primeiros anos, quando ainda não havia o efeito da incapacitação. Encontrou-se uma redução, nesse período, de 8 homicídios, 3.952 ameaças graves de lesão (*aggravated assaults*), 10.672 roubos e 384.488 invasões de domicílio para cometimento de crimes (*burglaries*) na Califórnia em virtude da lei. Contudo, furtos (*larcenies*) teriam aumentado em 17.700, dado o efeito substituição, visto que este crime não servia de gatilho como primeiro *strike*, o que incentiva a migração para este tipo de crime pelos potenciais criminosos ainda sem condenação.

Ademais, haveria um efeito dissuasório nas regiões vizinhas dentro do próprio Estado, e não apenas onde se aplica mais a lei. Isso por causa da dificuldade de os potenciais criminosos saberem onde se está sendo mais rigoroso na sua aplicação, os limites das regiões e onde seria o julgamento em caso de detecção. Em outras palavras, não havia segurança sobre qual a regra seria aplicada ao caso concreto, o que em parte inibe o criminoso pelo risco de ser julgado em uma região em que o sistema penal é mais rigoroso.

Por fim, para o autor, desconsiderados os custos da lei, o que não foi analisado, ela teria feito a sociedade economizar perto de US$ 889 milhões. No entanto, este valor estaria muito subestimado, visto que não foram considerados custos de medida de precaução e medo, tempo despendido por vítimas e testemunhas nos processos penais, custos de outros programas não relacionados diretamente a crimes, custos de crimes de propriedade sem vítimas e a dissuasão nas regiões vizinhas.[21]

---

20. IYENGAR, R. I'd rather be hanged for a sheep than a lamb: the unintended consequences of three-strikes laws. *NBER Working Paper* n. 13784. Cambridge: National Bureau of Economics, 2008. A autora conseguiu criar um grupo de controle ao diferenciar criminosos que cometeram os mesmos crimes, mas em uma sequência inversa. Como em geral apenas os crimes mais graves funcionam como gatilho na primeira condenação, mas o tipo de crime não faz diferença a partir da segunda condenação, a sequência importa para a aplicação ou não da lei no caso concreto.

21. SHEPHERD, J. M. Fear of the first strike: the full deterrent effect of California's two – and three – strikes legislation. *Journal of Legal Studies*. vol. 31. n. 1. p. 159-201. 2002.

O artigo destaca ainda que trabalhos empíricos anteriores apresentaram problemas metodológicos. Marvell e Moody (2001) teriam analisado todos os Estados com lei semelhante, como se fossem um único grupo, desconsiderando que apenas a Califórnia aplicou a lei de forma disseminada. Ademais, o aumento do número de homicídios encontrado poderia ter gerado a lei, e não o inverso.[22] Outros dois artigos, focados apenas na Califórnia, também teriam algumas objeções. Greenwood et al. (1994) teriam apenas apresentado estimativas do impacto da lei, sem utilização de dados reais.[23] Além disso, eles teriam considerado apenas a dissuasão parcial, qual seja, aquela sobre os que já possuíam uma condenação prévia. Considerando que apenas 10,6% dos crimes são cometidos por reincidentes, este estudo teria subestimado severamente os benefícios da lei. No mesmo problema metodológico teriam incorrido Zimring, Kamin e Hawkins (1994).[24] Assim, a crítica posta é de que a análise deve considerar o poder dissuasório da pena também para os potenciais criminosos sem condenações, pois eles efetivamente são influenciados pela norma.

Outro ponto a considerar é que a prática pode ser diferente do previsto em lei, o que tem impacto nos incentivos, quer de forma positiva, quer de forma negativa. Walsh (2004) encontrou que entre 25-45% dos casos elegíveis para terceiro *strike* na Califórnia houve desconsideração de condenações anteriores, especialmente quando a terceira condenação era por crimes não graves.[25] Com isso, pode-se considerar uma alteração nos incentivos, visto que a regra vigente não coincide completamente com a norma estatal. Por exemplo, se aqueles que foram condenados duas vezes

22. Os autores encontraram aumento no número de homicídios em quase todos os 24 Estados em que havia a lei, com pouca evidência de que houvesse uma compensação com a redução do número de crimes por dissuasão ou incapacitação.

23. GREENWOOD, P. et al. *Three strikes and you're out: estimated benefits and costs of California's new mandatory-sentencing law.* Santa Monica, CA: Rand Corporation, 1994. Trata-se de um relatório que surgiu concomitantemente com as discussões sobre a implantação da lei, não se beneficiando de dados empíricos. Em suas estimativas, a lei poderia reduzir o número de crimes graves em 28% ao incapacitar os potenciais criminosos, mas que haveria alternativas menos custosas para conseguir essa redução, como aumento da força policial e aconselhamento de menores.

24. ZIMRING, F; KAMIN, S; HAWKINS, G. *Crime and punishment in California: the impact of Three Strikes and You're Out.* California: Institute of Government Studies Press, 1999.

25. WALSH, J. *Tough for whom? How prosecutors and judges use their discretion to promote justice under the California three-strikes law.* Claremont, California: The Henry Salvatori Center, 2004. Dos 7.626 condenados pela terceira vez (5% dos 163 mil presos no estado), mais da metade (4.471) o foram pelos seguintes crimes: homicídio (319), agressões sexuais (467), sequestro (90), roubo (1.548), roubo com armas (375), outros roubos (457), assalto a residências (826) e posse ilegal de arma (457). Juntos, 66% foram condenados por crime violento, roubo (residencial ou comercial) ou posse ilegal de armas. O somatório do *first* e *second strikers* alcança um quarto do total de presos.

sabem que poderão não ser apenados de forma mais grave, o poder dissuasório da lei é reduzido. Isso não quer dizer, contudo, que aquele tipo de decisão seja ruim, pois efetivamente reduz os custos de encarceramento, bem como todos os demais custos envolvidos. É necessário, pois, comparar custos e benefícios.

Por fim, Stanford Law School & NAACP (2013) apresenta dados sobre mais de mil beneficiários da Proposition 36, de 2006. Trata-se de condenados a prisão perpétua por crimes menores, como pequenos furtos e posse de pequenas quantidades de drogas, mas que foram beneficiados pela lei e postos em liberdade condicional após se concluir que eles não apresentavam um "risco não razoável de perigo para a segurança pública". Para estas pessoas, a taxa de reincidência não alcançou 2% em um período médio de 4,4 meses de liberdade, enquanto a média na Califórnia e nos EUA é de 27% e 30%, respectivamente, após 6 meses de liberdade. Dados esses números, estimou-se que a Proposition 36 já teria feito a Califórnia economizar US$ 10-13 milhões, e que se ela fosse aplicada a todos os condenados elegíveis, o Estado poderia economizar quase US$ 1 bilhão ao longo de 10 anos.[26]

4. TEORIA ECONÔMICA SOBRE A *THREE STRIKES LAW*

Vista a lei e as pesquisas empíricas, este tópico apresenta uma análise teórica do impacto da lei, sob o arcabouço da análise econômica dos crimes e das penas, que é um sub-ramo da análise econômica do Direito. Esta área do conhecimento interdisciplinar se utiliza da teoria e do instrumental da ciência econômica para compreender o comportamento humano diante dos incentivos criados pelo Direito. Segundo Gico Jr. (2010):

"O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A análise econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências".[27]

26. STANFORD LAW SCHOOL; NAACP. *Progress Report: three strikes reform (Proposition 36)*. Three Strikes Project, 2013. No plebiscito para aprovação da lei, estimou-se economia anual para o Estado da ordem de US$ 70 milhões, podendo alcançar US$ 90 milhões. Em 2012, a Califórnia tinha 137.000 presos, com um gasto anual de US$ 9 bilhões. Desse total, 33.000 foram condenados pela segunda vez no regime da lei (*second striker*). Disponível em: [www.lao.ca.gov/ballot/2012/36_11_2012.aspx]. Acesso em: 16.07.2014.

27. GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*. vol. 1. n. 1. p. 7-32. 2010.

Na área do crime, essa abordagem foi apresentada inicialmente por (BECKER, 1968), o qual concluiu que a maioria das pessoas ingressa na atividade ou indústria do crime se a utilidade percebida exceder a utilidade que ela esperaria obter se investisse seus recursos em outras atividades legais. Nessa perspectiva, a partir das preferências pessoais, os indivíduos fazem cálculo de custo-benefício para optar entre praticar ou não uma conduta proibida pelo Estado.[28]

Com isso, o papel do direito seria relevante ao alterar essa estrutura de incentivos, aumentando os custos das atividades ilícitas por meio de sanção,[29] de forma que o potencial infrator poderia vir a concluir que determinada atividade já não compensa, optando por investir seus recursos em atividades lícitas. Para tanto, as ciências sociais, em geral, e a econômica, em particular, são fundamentais para um diagnóstico mais preciso do crime, o que permite um combate estatal mais eficiente,[30] com redução dos custos sociais, materiais e/ ou imateriais.[31]

Entretanto, não necessariamente as pesquisas empíricas apresentam resultados convergentes, visto que em geral um determinado fato pode ter diversas causas ou, em um linguajar estatístico, diferentes variáveis explicativas. No que tange a crimes, as sanções respondem apenas por uma parte dos incentivos, especialmente no que tange a crimes não econômicos.

Ainda assim, e em especial utilizando-se também da teoria econômica, é possível extrair considerações que sejam relevantes de um ponto de vista de política

28. BECKER, G. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*. vol. 76. n. 2. mar.-abr. 1968.

29. Na teoria tradicional, é reconhecido que o Direito é influenciado por fatores não jurídicos, chamados fontes materiais. Estes seriam o conjunto de fatos sociais determinantes do conteúdo do Direito e os valores que o mesmo procura realizar fundamentalmente sintetizados no conceito amplo de justiça. DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

30. A linha de raciocínio acima exposta segue uma linha mais pragmática, que pode ser resumida pelo exposto por Richard Posner. Seu "pragmatismo cotidiano" é descrito como um olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, mas insistindo em que o pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço, e não como fins em si mesmo. Ele critica o Direito atual como muito teocrático, com ênfase excessiva em aspectos como autoridade, infalibilidade, retórica e tradição, e pouca ênfase nas consequências e nas técnicas sociocientíficas para a avaliação das consequências. POSNER, R. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

31. Em geral, as condutas tipificadas como crimes reduzem o bem-estar da sociedade, seja pela redução da riqueza material, seja por lesões físicas ou emocionais. Além disso, a sociedade é obrigada a utilizar recursos públicos e privados em seu combate, abdicando de investir esses recursos em atividades geradoras de valor, como em saúde, educação ou produção.

pública a partir das pesquisas acima expostas. Essas considerações referem-se à racionalidade dos criminosos, à diferenciação da pena em função da reincidência e do tipo de crime e aos custos e benefícios da prisão.

4.1 Criminoso como agente racional

A primeira consideração é que os seres humanos são seres racionais, ainda que com limitações cognitivas, de modo que os criminosos são apenas pessoas que, por preferência e/ ou oportunidade, consumaram uma determinada conduta tipificada como crime e foram detectados. Isso não lhes retira a racionalidade, ou seja, o fato de eles fazerem uma análise de custo benefício e optarem, racionalmente, pela conduta ilegal.[32] No que tange aos incentivos criados pela lei ora em análise, embora as pesquisas que utilizaram metodologias estatísticas mais sofisticadas tenham divergido quanto à magnitude do impacto, em geral concordou-se que a lei alterou comportamentos, não apenas sobre o cometimento ou não do crime, mas também ao tipo e à localização do mesmo.

E especificamente no que tange à dissuasão, em que pese não ser plausível que os infratores conheçam com exatidão a probabilidade real de punição,[33] ou mesmo a pena, é esperado que haja alguma correlação entre a percepção e a realidade. Assim, ainda que os indivíduos tenham uma racionalidade limitada, por informação incompleta ou limitação na sua capacidade de processamento dos dados, os resultados encontrados confirmam que os criminosos efetivamente entendem e respondem à estrutura de incentivos.

Caso penalidades não reduzissem a criminalidade, seja pelo efeito dissuasório, seja pelo efeito incapacitador, elas seriam um desperdício de recursos. Com isso, seria desejável que fossem buscadas formas mais eficientes de se combater crimes, a fim de poupar recursos materiais, humanos e financeiros da sociedade. Contudo, as pesquisas empíricas mostram que sanções podem efetivamente reduzir o número desses atos ilícitos.

---

32. SHIKIDA, P. Considerações sobre a economia do crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. *Economic Analysis of Law Review*. vol. 1. n. 2. p. 318-336. 2010.

33. Para considerações sobre a variação da probabilidade percebida em relação à real, ver: SAH, R. Social osmosis and patterns of crime: a dynamic economic analysis. *Journal of Political Economy*. vol. 99. n. 6. p. 1272-1295. 1991. Especialmente quando a taxa real de detecção é baixa, pequenas diferenças em pontos percentuais nas percepções subjetivas criam um excesso de dissuasão ou uma dissuasão reduzida, o que pode ser reduzido com o aumento da taxa de detecção. Sobre este ponto, ver: BEBCHUK, L.; KAPLOW, L. Optimal sanctions when individuals are imperfectly informed about the probability of apprehension. *Journal of Legal Studies*. vol. 21. n. 2. p. 365-370. 1992.

4.2 Necessidade de incremento de incentivos para reincidentes

Se o criminoso é um agente racional como qualquer pessoa, pode-se questionar se seria socialmente desejável a majoração da pena para reincidentes, especialmente considerando que é fácil fazer a qualificação do condenado no momento da fixação da sanção.[34]

Posner (2011) enumera algumas justificativas. A primeira é que o "efeito estigma" pode ser menor para o reincidente, que pode se importar menos com sua reputação. A segunda é que o risco do erro de punir um inocente seria menor no caso de reincidentes. A terceira é que o criminoso tende a aprimorar sua técnica (*learning by doing*), conseguindo reduzir sua probabilidade de ser detectado. Por outro lado, os reincidentes também podem vir ser os menos competentes, de modo a serem mais detectados. E, por fim, especificamente quanto à prisão, a sua majoração seria relevante para retirar a pessoa da carreira do crime antes que esta pena se tornasse insuficiente para ter um efeito dissuasório adequado em função da redução do tempo de vida restante do criminoso e, por consequência, do tempo que ele pode ficar detido.[35]

Adicionalmente, se é verdade que o grupo de já condenados apresenta maior probabilidade de vir a ser condenado novamente por um crime do que o restante da população, o que serve de *proxy* para a própria probabilidade de cometimento deste ato,[36] pode-se concluir que aquele grupo valoriza o crime, na média, mais do que o restante da população. Com isso, se a pena não for diferenciada, é de se esperar que os condenados "comprem" mais crimes, visto que o "preço" é o mesmo.

De fato, a taxa de reincidência aparentemente é maior entre os já condenados, alcançando nos EUA 76,6% em um prazo de 5 anos após colocado em liberdade[37] (DUROSE; COOPER; SNYDER, 2014),[38] enquanto para a população de homens em geral, que tende a cometer mais crimes do que mulheres, essa porcentagem alcança 52%

34. Caso não fosse fácil fazer a qualificação da pessoa como reincidente, a diferenciação da pena tenderia a gerar erros de julgamento, seja majorar a pena de alguém que nunca havia sido condenado anteriormente, seja não majorar a pena do reincidente.

35. POSNER, R. *Economic analysis of law*. 8. ed. New York: Aspen, 2011.

36. Dado que não é possível obter dados de pessoas que cometeram crimes, mas que não foram detectadas, a condenação é um atalho possível para a estimativa do cometimento de crimes.

37. Nos primeiros três anos, a taxa de reincidência é de 67,8%, o que indica que os primeiros anos são mais críticos, devendo haver maior atenção pelos responsáveis por políticas públicas.

38. DUROSE, M.; COOPER, A.; SNYDER, H. *Recidivism of prisoners released in 30 states in 2005: patterns from 2005 to 2010*. Washington D.C.: Bureau of Justice Statistics, 2014.

ao longo da vida (BIALIK, 2009).[39] Em outras palavras, a probabilidade de um condenado voltar a cometer um novo crime é maior do que a de quem nunca cometeu um crime.

Com isso, é desejável aumentar a pena para os reincidentes.[40] Para tornar mais claro o argumento, tome, por exemplo, dois grupos de 10 pessoas cada, um formado por reincidentes, outro por condenados primários, sendo que com base em dados empíricos, estima-se que 5 pessoas do primeiro grupo virão a cometer um crime, enquanto apenas 2 pessoas do segundo tenderão a fazer o mesmo. Adicionalmente, considere-se que o custo social do crime[41] seria de R$ 10,00 e o de evitá-lo, R$ 3,00.

Quadro I – Custo total dos crimes dado nível de investimento em prevenção

Primários	R$ 20,00	R$ 13,00	R$ 6,00	R$ 15,00
Reincidentes	R$ 50,00	R$ 43,00	R$ 36,00	R$ 15,00

Pela tabela acima, verifica-se que, na ausência de investimento em prevenção, o custo dos crimes seria de R$ 50,00 para o primeiro grupo e de R$ 20,00 para o segundo. Contudo, se cada grupo investir R$ 6,00 em prevenção, evitando dois crimes cada um, o custo total, incluído custo direto do crime e da prevenção, seria de R$ 36,00 para o dos reincidentes (soma de três crimes mais o custo da prevenção) e de R$ 6,00 para o dos primários, visto que se teriam eliminado os crimes praticados por este grupo.[42] Assim, o investimento ótimo na prevenção para o primeiro

39. BIALIK, C. How many american men will be arrested in their lifetimes? *The Wall Street Journal*, 17.11.2009. Disponível em: [http://blogs.wsj.com/numbers/how-many-american-men-will-be-arrested-in-their-lifetimes-842/]. A confiabilidade dos dados não é elevada, segundo o autor.

40. Defende-se aqui a majoração da pena para condenados porque é fácil fazer a diferenciação e gera menos controvérsias de ordem moral. Contudo, se a sociedade encontrar outros critérios para identificar grupos com maior probabilidade de cometimento de crimes, o argumento também poderia ser válido.

41. O custo social do crime incluiria danos materiais e imateriais, sendo que todos os danos foram quantificados em reais para tornar possível o cálculo para a compreensão desse exemplo hipotético.

42. Na prática, dado o custo marginal crescente de combate ao crime, ou seja, à medida que vai se reduzindo o número de crimes, vai ficando cada vez mais custosa essa redução, o

grupo não é o mesmo em relação ao segundo. Para o grupo de reincidentes, o investimento que minimizaria o custo social dos crimes seria R$ 15,00, visto que eliminaria os crimes, enquanto o mesmo investimento para o grupo dos primários resultaria em desperdício de recursos, pois o mesmo resultado seria obtido com apenas R$ 6,00 de investimento.

Essa prevenção também poderia ser feita pelo aumento da probabilidade de punição para os integrantes do primeiro grupo, como por meio do aumento da força policial na localidade com mais reincidentes.[43] Tal medida é desejável, mas isso não afasta também a eficiência do aumento do custo para o criminoso por meio do aumento relativo da pena, o que constituiria uma forma de discriminação com efeitos positivos. O raciocínio é análogo à discriminação de preços em viagens aéreas, situação em que as empresas tendem a precisar comprar as passagens para seus funcionários em datas mais próximas da viagem, bem como elas tendem a estar mais dispostas a pagar mais caro do que pessoas físicas.[44] As companhias aéreas, sabendo disso, cobram mais caro de quem compra depois, mesmo que isso implique assentos vazios nos voos. Isso é eficiente, pois tende a não faltar passagens para quem precisa delas de última hora, permite preços mais baixos para quem opta por comprar com antecedência, e aumenta o número de passageiros das companhias aéreas, tendo em vista que muitos passageiros só podem fazer viagem aérea em função do preço reduzido.

No que tange a sanções, a discriminação por indivíduo também seria desejável, de forma que cada um tivesse uma pena suficiente para fazê-lo não incorrer no ilícito, seja pela dissuasão, para a maioria, seja pela incapacitação, no caso daqueles que não fossem inibidos por qualquer sanção.[45] Embora seja difícil especificar a punição ideal para cada indivíduo, não há dúvidas de que, para um mesmo tipo de crime, uma parcela dos potenciais criminosos necessita de penas mais severas, enquanto para outros a simples detecção já é suficiente para inibi-los, dado o constrangimento gerado. No entanto, na impossibilidade de uma discriminação individual eficiente, seriam economicamente justificáveis penas mais elevadas para criminosos reincidentes.

---

número ideal de crimes nunca tende a ser zero. A sociedade teria que investir vultosos valores para tentar fazê-lo, prejudicando outras áreas de interesse social.

43. O artigo tem por escopo o estudo das sanções, incluindo probabilidade de punição e severidade da pena. Ressalte-se, contudo, que outras formas de combate à criminalidade, como educação, são fundamentais. Trata-se de atividades complementares.

44. Em linguagem econômica, as empresas tendem a ter uma menor elasticidade-preço na aquisição de passagens para seus funcionários do que as pessoas físicas.

45. Tome-se por exemplos terroristas suicidas.

Assim, conclui-se que, de um ponto de vista da teoria econômica, a lei objeto desta análise é justificável. Sendo assim, os questionamentos quanto à lei não decorreriam da sua lógica intrínseca, mas sim das suas particularidades, em especial da forma de punição.

4.3 Análise de custo-benefício do sistema prisional

A lógica acima exposta pressupõe um custo fixo da sanção. No caso da prisão, o aumento do "preço" para o criminoso também implica maiores custos sociais, o que poderia justificar a não majoração da pena, a depender do custo e do benefício marginal do acréscimo da sanção.

No que tange ao custo, prisão é uma forma de sanção cara. Dentre os seus principais custos, estão os de construção e manutenção dos estabelecimentos, os maiores custos processuais para o julgamento, o custo de oportunidade de se manter uma pessoa ativa fora do mercado de trabalho, a redução da capacidade laborativa após a pena e o sofrimento familiar do apenado. No Brasil, por exemplo, o custo de criação de uma vaga prisional em 2012 era de cerca de R$ 40 mil, enquanto a manutenção do preso alcançava entre R$ 1,5 mil e R$ 2 mil mensais.[46] No que tange ao lado positivo, a prisão possui duas grandes vantagens, que é o seu efeito incapacitador e o fato de não haver restrição à sua utilização, como ocorre com a multa.[47]

Ainda assim, sua eficiência é questionável em muitos casos, a começar pelo elevado índice de reincidência. O reincidente, ou seja, aquele que foi condenado mais de uma vez, não apenas conhece sua capacidade de ganhos e custos de viver na ilegalidade, como também possui experiência com o processo criminal e eventualmente com a sanção. A princípio, na média, ele teria mais conhecimento, em relação a um não reincidente, para escolher entre o crime e uma atividade legal, e optou pelo primeiro.[48] Em um modelo mais simples, ele entendeu que o ganho líqui-

46. JUNGMANN, Mariana. Especialistas dizem no Senado que sistema prisional é caro e ineficiente. Agência Brasil. 11.06.2013. Disponível em: [www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/06/especialistas-dizem-no-senado-que-sistema-prisional-e-caro-e-ineficiente]. Acesso em: 29.06.2014.

47. No caso da multa, ela não gera incapacitação e frequentemente há restrições legais ou patrimoniais que impedem um efeito dissuasório adequado, por exemplo, se o ganho resultante da infração for maior do que o patrimônio do infrator.

48. Em estudos estatísticos, não se pode fazer afirmações categóricas para um indivíduo em particular. No caso, é possível, e mesmo provável, que uma parcela dos reincidentes seja de pessoas que cometem crimes apenas eventualmente, até menos do que pessoas que nunca foram condenadas.

do esperado do crime seria maior do que o que ele obteria de forma lícita,[49] mesmo sabendo dos custos, principalmente do risco de ser preso.

Assim, considerando o elevado custo da prisão e a elevada taxa de reincidência, que como visto acima alcança 76,6% nos EUA, num prazo de 5 anos,[50] pode-se questionar a sua adequação, em especial nos casos em que não é necessária a incapacitação.[51] Uma explicação para esse baixo poder de dissuasão é que essa força tende a se reduzir com o tempo. Pessoas não valorizam os bens e os males no futuro do tanto que valorizam no presente, de forma que é necessário aplicar uma taxa de desconto para trazer a desutilidade futura a valor presente. Por exemplo, conforme explicado por (POSNER, 2011), se aplicada uma taxa de desconto de 10% ao ano, um tempo de prisão de 10 anos equivaleria a apenas 6,1 vezes a desutilidade de uma pena de um ano, enquanto 20 anos aumentaria esse número para 8,5 vezes. Se considerada uma taxa de 5%, a desutilidade gerada seria, respectivamente, de 7,7 e 12,5 vezes. Contudo, criminosos tendem a ter elevadas taxas de desconto, ou seja, tendem a valorizar pouco o futuro em relação ao presente, pois do contrário investiriam mais em educação e temeriam mais as penas futuras, optando, assim, por atividades legais.[52] Talvez, então, o poder dissuasório de longos períodos de prisão para quem já possui um perfil para cometimento de crimes seja pouco significativo.

Outro senão da prisão é que a tendência à prática de crimes tende a se alterar com o tempo. Crimes de rua são mais praticados por pessoas jovens, de forma que prendê-los por longo período de tempo implica manter uma população carcerária que não mais cometeria aqueles crimes. Assim, no caso da *Three Strikes Law*, se a

49. Certamente que há indivíduos com forte preferência pelo crime, como em função de um prazer pelo mal-estar do outro ou prazer pelo cometimento de atos ilegais. Contudo, estes grupos demandariam análises mais específicas.

50. Se comparado com o Brasil, que possui um sistema policial, judiciário e prisional muito menos eficiente, é de se esperar um nível de reincidência muito mais elevado. Vale destacar que mesmo nos EUA nem todos os que cometem crime são apreendidos novamente.

51. Se a probabilidade de cometimento de um crime grave por um indivíduo é alta, visto que se entende que o efeito dissuasório sobre ele é fraco, é necessário incapacitá-lo. A prisão é uma forma, mas não é a única. A castração química para estupradores, por exemplo, é uma opção, ainda que com suas limitações.

52. POSNER, R. *Economic analysis of law* cit. Há outros modelos intertemporais que consideram a limitação cognitiva das pessoas. Um exemplo é a relação entre tomar um sorvete no presente e a vontade de emagrecer. Considerando a intangibilidade dos eventos futuros, visto que a opção futura geralmente não é tão clara quanto a escolha presente, observa-se que muitas pessoas não conseguem fazer escolhas ótimas para elas próprias. RICK, S; LOEWENSTEIN, G. Intangibility in intertemporal choice. *Philosophical transactions B.* n. 363(1511). 3813-3824, 2008.

terceira condenação ocorre em uma idade mais avançada do condenado, ele já estaria em uma fase de redução da atividade criminosa. Embora não haja consenso, há uma redução da atividade criminosa aos 30 anos, com redução mais intensa aos 40 anos, caindo significativamente após essa idade (BLUMSTEIN et al., 1986).[53]

Em virtude disso, a pena de prisão deveria ser utilizada apenas quando realmente necessária, sendo mais adequada, na medida do possível, a imposição de multas. Nesse sentido (POSNER, 2011) critica o posicionamento da Suprema Corte no sentido de que seria uma discriminação contra os mais pobres utilizar prisão quando o condenado não tivesse meios de pagar uma multa. Considerando que ambas são formas de criar desutilidade para o criminoso, a multa teria um custo social muito menor. Contudo, ele questiona se a objeção da Corte a tal substituição não se daria em função da taxa de troca altamente favorável às pessoas com posses. Por exemplo, no caso Williams *vs.* Illinois,[54] considerou-se que 500 dólares equivaleriam a 100 dias de prisão, o que é pouco plausível, especialmente para as pessoas que possuem maior renda. Já multas com valores realmente significativos, ajustados pelo patrimônio/renda do condenado, podem efetivamente gerar uma desutilidade semelhante a 100 dias de prisão, fazendo com que a sociedade possa se abster de incorrer em custos significativos para a aplicação da pena, visto que a multa possui baixo custo de aplicação, sendo basicamente uma transferência de renda.[55]

Por outro lado, se a pena de multa não é possível ou suficiente, uma alternativa, ainda que também imperfeita, é a lei da Nova Zelândia, em vigor desde 2010, que pode ser chamada de *Three Strikes and the Max*, em vez de *Three Strikes and You're Out*.[56] A diferença quanto ao padrão californiano vincula-se tanto ao tipo de crimes incluídos quanto às penas aplicadas. Quanto ao primeiro item, ela é aplicada apenas a 40 tipos de crimes considerados violentos e/ou sexuais, não se aplicando, pois, a crimes de menor potencial ofensivo. Quanto à majoração da pena, com a segunda condenação, ela deverá ser cumprida integralmente em regime fechado, salvo manifestamente injusta. Com a terceira condenação, o juiz deve aplicar a

53. BLUMSTEIN, A. et al. (ed.). *Criminal careers and "career criminals*. Washington: National Academy Press, 1986.

54. Willie Williams, um indigente, foi condenado por um pequeno roubo a um ano de prisão, pena máxima, e US$ 500 de multa. Como não havia meios para pagar a multa, apelou e a Suprema Corte não consentiu com uma pena adicional de 100 dias de prisão como compensação, sob argumento de discriminação por ele ser pobre. Williams *vs.* Illinois, 399 U.S. 235 (1970)

55. POSNER, R. *Economic analysis of law* cit.

56. Disponível em: [www.sst.org.nz/our-aims/sst-three-strikes-policy/]. Acesso em: 27.06.2014.

pena máxima prevista para aquele crime, a ser cumprida integralmente em regime fechado (por isso *the max* em vez de *you're out*).[57]

Com isso, ressalta-se novamente que as principais críticas contra a lei não são decorrentes da majoração da sanção para o reincidente. Essa medida é justificável de um ponto de vista econômico. Um dos problemas é que a prisão é um sistema sancionatório caro e de relativa baixa eficácia em termos de poder dissuasório, como visto pela elevada taxa de reincidência. Isso não exclui a possibilidade de se buscar novas formas de dissuasão.

4.4 Diferenciação entre tipos de crimes

Finalmente, outra crítica à lei é quanto à não discriminação da pena, por tipos de crime, em especial no que tange a crimes violentos e não violentos. Supondo que a sociedade tenha mais aversão aos primeiros, o que é plausível, seria mais desejável que estes fossem apenados de forma mais severa. Com a lei, os que se submetem à regra da terceira condenação são apenados igualmente, independente de se tratar de um crime violento ou não, o que vem acarretando diversas condenações passíveis de crítica.[58]

Além de argumentos de não razoabilidade, a não discriminação teoricamente cria incentivos para que o criminoso, que é um agente racional, mate a vítima ou uma testemunha, ou qualquer pessoa que pudesse aumentar sua probabilidade de ser condenado. Além disso, se for para cometer o crime, há incentivos para que ele opte por aqueles que lhe gerassem mais utilidade, geralmente com maiores danos às vítimas. A perda desse poder dissuasório marginal é ineficiente, de forma que é questionável a manutenção dos efeitos do terceiro *strike* para crimes não violentos.

5. CONCLUSÕES

O artigo apresentou uma revisão da literatura empírica e uma análise teórica da lei denominada *Three Strikes and You're Out*. Em geral, estes confirmam a teoria do

57. Até 31.12.2013, na Nova Zelândia havia 3.721 *first strikers*, 29 *second strikers* e nenhum *third striker*.

58. Por exemplo, Gregory Taylor, um sem-teto, costumava receber comida do padre da igreja de St. Joseph em Los Angeles por mais de 9 anos. Uma vez, entendendo que não poderia esperar pelo padre, invadiu a cozinha da igreja, sendo imobilizado por um segurança, que chamou a polícia. Com isso, ele foi condenado a 25 anos de prisão. Ao apelar, sem sucesso, um dos juízes vencidos disse que o caso seria algo parecido com *Os Miseráveis*, obra de Victor Hugo. Casos como este não são isolados. Disponível em: [www.theguardian.com/world/2002/jan/26/usa.duncancampbell].

agente racional, visto que os criminosos parecem responder aos incentivos criados pela lei para os reincidentes, havendo redução dos crimes.

O fato de trazer benefícios, contudo, não necessariamente significa benefícios líquidos para a sociedade. Os custos da lei são significativos, em especial os decorrentes da manutenção do sistema prisional, que é a forma mais custosa de punição. Além do mais, a redução da diferença de pena entre crimes violentos e não violentos gera um efeito substituição entre eles, de modo que os potenciais criminosos sob risco da terceira condenação tendem a optar pelos primeiros, além de incentivar a eliminação de vítimas ou outras pessoas que possam aumentar a chance de punição.

Conclui-se, pois, que a lei possui, em sua essência, uma racionalidade defensável, que é aumentar a desutilidade do crime para o criminoso reincidente a partir da majoração das penas. Contudo, ajustes seriam desejáveis. Destaca-se a utilização de formas de punição mais baratas, em especial multa, e formas de manter penas mais severas para crimes que geram maiores custos sociais, em especial os crimes violentos.

O estudo da experiência norte-americana, país onde a utilização de dados estatísticos e da teoria econômica é muito avançada, é uma oportunidade de o Brasil adotar políticas públicas mais eficientes, que reduzam o número de crimes, aumentando o bem-estar da sociedade. Há no país uma crise social relacionada aos crimes,[59] bem como uma crise no sistema penitenciário, ambos se mostrando excessivamente custosos para uma sociedade que já enfrenta uma série de dificuldades e desafios. Nessa situação, desperdícios de recursos se tornam ainda mais graves do que em países desenvolvidos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNOLD, M. et al. Graduated response policy and the behavior of digital pirates: evidence from the french three-strike (Hadopi) Law. 2014. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=2380522].

BEBCHUK, L.; KAPLOW, L. Optimal sanctions when individuals are imperfectly informed about the probability of apprehension. *Journal of Legal Studies*. vol. 21. n. 2. p. 365-370. 1992.

59. Por exemplo, o custo da violência no Brasil no ano de 2004 foi estimado em R$ 92,2 bilhões, ou R$ 519,40 *per capita*, equivalente a 5,09% do PIB. CERQUEIRA, D. et al. *Análise dos custos e consequências da violência no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007. p. 58. Coleção Texto para Discussão, vol. 1284. Quanto à criminalidade, considerados em conjunto segurança pública, drogas e combate à corrupção, trata-se da principal preocupação da população brasileira, superando outros problemas, como saúde, educação ou emprego. WORLD BANK. *Crime, violence and economic development in Brazil: elements for effective public policy*. Report n. 36525, 2006.

BECKER, G. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*. vol. 76. n. 2. p. 169-217. mar.-abr. 1968.

BIALIK, C. How many american men will be arrested in their lifetimes? *The Wall Street Journal*, 2009.

BLUMSTEIN, A. et al. (ed.). *Criminal careers and "career criminals"*. Washington: National Academy Press, 1986.

BOSON, D. S. A (in)suficiência das multas do Cade para dissuasão da prática de cartel. In: RIBEIRO, G. F.; GICO JR., I. T. (ed.). *O jurista que calculava*. Curitiba: CRV, 2013.

CAULKINS, J. P. How large should the strike zone be in "three strikes and you' re out" sentencing laws ? *Journal of Quantitative Criminology*. vol. 17. n. 3. p. 227-246. 2001.

CERQUEIRA, D. et al. *Análise dos custos e consequências da violência no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007. p. 58. Coleção Texto para Discussão, vol. 1284.

CHEN, E. Y. Impacts of "Three Strikes and You're Out" on crime trends in California and throughout the United States. *Journal of Contemporary Criminal Justice*. vol. 24. n. 4. p. 345-370. 2008.

DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUROSE, M.; COOPER, A.; SNYDER, H. *Recidivism of prisoners released in 30 states in 2005: patterns from 2005 to 2010*. Washington D.C.: Bureau of Justice Statistics, 2014.

GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*. vol. 1. n. 1. p. 7-32. 2010.

GREENWOOD, P. et al. *Three Strikes and You're Out: estimated benefits and costs of California's new mandatory-sentencing law*. Santa Monica, CA: Rand Corporation, 1994.

IYENGAR, R. I'd rather be hanged for a sheep than a lamb: the unintended consequences of three-strikes laws. *NBER Working Paper* n. 13784, Cambridge: National Bureau of Economics, 2008.

JUNGMANN, Mariana. Especialistas dizem no Senado que sistema prisional é caro e ineficiente. Agência Brasil. 11.06.2013. Disponível em: [www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/06/ especialistas-dizem-no-senado-que-sistema-prisional-e-caro-e-ineficiente]. Acesso em: 29.06.2014.

KOVANDZIC, T.; SLOAN III, J. Unintended consequences of politically popular sentencing policy: the homicide promoting effects of "Three Strikes" in U.S. cities (1980-1999). *Criminology & Public Policy*. vol. 1. n. 3. p. 399-424. 2002.

LEGISLATIVE ANALYST'S OFFICE. *A primer: three strikes – The impact after more than a decade*. Sacramento, California: Legislative Analyst's Office, 2005.

MALES, M.; MACALLAIR, D.; TAQI-EDDIN, K. *Striking out : the failure of California's "Three Strikes and You're Out" law*. San Francisco: The Justice Policy Institute, 1999.

MARANHÃO, O. *Psicologia do crime*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MARVELL, T.; MOODY, C. The lethal effects of three-strikes laws. *The Journal of Legal Studies* vol. 30. n. 1. p. 89-106. 2001.

POSNER, R. *Economic analysis of law.* 8. ed. New York: Aspen, 2011.

_____. *Problemas de filosofia do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RICK, S; LOEWENSTEIN, G. Intangibility in intertemporal choice. *Philosophical transactions B.* n. 363 (1511), 3813-3824. 2008.

SAH, R. Social osmosis and patterns of crime: a dynamic economic analysis. *Journal of Political Economy.* vol. 99. n. 6. p. 1272-1295. 1991.

SHEPHERD, J. M. Fear of the first strike: the full deterrent effect of California's two – and three – strikes legislation. *Journal of Legal Studies.* vol. 31. n. 1. p. 159-201. 2002.

SHIKIDA, P. Considerações sobre a economia do crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. *Economic Analysis of Law Review.* vo.l. 1. n. 2. p. 318-336. 2010.

STANFORD LAW SCHOOL; NAACP. *Progress Report: three strikes reform (Proposition 36).* Three Strikes Project, 2013.

WALSH, J. *Tough for whom? How prosecutors and judges use their discretion to promote justice under the California three-strikes law.* Claremont, California: The Henry Salvatori Center, 2004. Monograph, n. 4.

WORLD BANK. Crime, violence and economic development in Brazil: elements for effective public policy. Report n. 36525, 2006.

ZIMRING, F; HAWKINS, G; KAMIN, S. *Crime and punishment in California: the impact of three strikes and you're out.* California: Institute of Government Studies Press, 1999.

_____. *Punishment and democracy.* New York: Oxford University Press, 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A filosofia da análise econômica do direito - AED, de Eric Hadmann Jasper - *RTrib* 92/98-128 (DTR\2010\211);
- As finalidades da pena em Günther Jakobs, de Alexis Couto de Brito - *RBCCrim* 110/15-49 (DTR\2014\18440);
- La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed effetti penali dei media), de Carlo Enrico Paliero - *RT* 882/ 413 (DTR\2009\303);
- Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito, de Ivo Gico Jr. - *RDB* 47/25 (DTR\2010\279); e
- O conceito de pena, de Michael Köhler e Oliveiros Guanais - *RBCCrim* 110/75-102 (DTR\2014\18452).

JUSTIFICAÇÃO (PRIMEIRA PARTE)

JUSTIFICATION (FIRST PART)

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Doutor *Honoris Causa* pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor emérito de Direito Penal e Criminologia na Universidade de Buenos Aires. Vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal.
raulzaffaroni@csjn.gov.ar

NILO BATISTA

Professor titular de Direito Penal que foi na Universidade Federal do Rio de Janeiro e na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Presidente do Instituto Carioca de Criminologia.
nilobatista@nb-advs.com.br

ALEJANDRO ALAGIA

Professor Adjunto na Universidade de Buenos Aires.
alejandroalagia@fibertel.com.ar

ALEJANDRO SLOKAR

Professores Adjuntos na Universidade de Buenos Aires.
aslokar@jus.gov.ar; awslokar@hotmail.com

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O texto – primeira parte de capítulo inédito da obra coletiva *Direito Penal Brasileiro* – se ocupa das causas de justificação, compreendidas segundo o modelo geral do exercício de um direito. Tratando da legítima defesa, detém-se sobre os fundamentos objetivistas e subjetivistas e suas consequências. O excesso é versado recorrendo-se ao princípio da proporcionalidade. Os *offendicula* são organizados em três constelações de casos com soluções distintas.

PALAVRAS-CHAVE: Legítima defesa – Excesso – *Offendicula.*

ABSTRACT: The text – first part of an unpublished chapter of the collective work *Direito Penal Brasileiro* – addresses the justification causes, understood in accordance with the general principle of the exercise of a right. Dealing with self-defense, the text appraises its objective and subjective fundaments. The excess is dealt with in light of the principle of proportionality. The *offendicula* are categorized in three types of cases with distinct solutions.

KEYWORDS: Self-defense – Excess – *Offendicula.*

SUMÁRIO: I. Legítima defesa: debate ideológico fundamentador. II. A racionalidade da legítima defesa. III. Casos duvidosos de necessidade racional (inclusive nos *offendicula*). IV. Objetos ("di-

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Justificação (Primeira Parte). *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 116. ano 23. p. 39-76. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

reitos") legitimamente defensáveis. V. A agressão injusta. VI. Limites da reação defensiva. VII. Legítima defesa e provocação. VIII. A defesa do Estado. IX. Legítima defesa presumida?

I. LEGÍTIMA DEFESA: DEBATE IDEOLÓGICO FUNDAMENTADOR

1. A concepção segundo a qual no antinormativo subsiste algo negativo provém de outra mais radical, que sustentava que a ação defensiva permanecia antijurídica, tendo como consequência apenas a eliminação da culpabilidade[1] ou mesmo da pena (causa de impunibilidade), fundada na premissa de que a *necessidade não conhece lei.*[2] Sua atual consideração como causa de justificação (ou de exclusão da ilicitude) é pacífica e generalizada, embora acompanhada por renhido debate acerca de seu fundamento, intimamente vinculado aos conceitos de Estado, de direito e de poder punitivo. Nos dois polos deste debate encontram-se as posições *objetivistas* e *subjetivistas*. Partem os primeiros de uma concepção social ou coletiva que extrai a legitimidade da defesa de sua primordial função de salvaguardar o direito *objetivo*; já os segundos priorizam em sua análise a proteção do direito *subjetivo* injustamente agredido. As tendências objetivistas, portanto, pretendem fundamentar a licitude da conduta defensiva no resguardo do ordenamento jurídico em si mesmo, enquanto as tendências subjetivistas extraem aquela licitude da preservação do bem jurídico afetado pela agressão. Em suas versões mais extremadas, o objetivismo chegou a equiparar legítima defesa e pena e, mais ainda, a convertê-la em dever jurídico.

2. Nutre-se o objetivismo de uma ideologia que, por via idealista, legitimou a função punitiva do Estado e ao mesmo tempo consagrou sua natureza justificante. Hegel e os penalistas hegelianos tiveram o mérito de reconhecer-lhe essa natureza,[3] mas seu raciocínio dialético terminou parificando pena e defesa: a legítima defesa se imporia como reafirmação do direito, operando assim como sucedânea da pena,[4] uti-

1. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, I, p. 231 (L. II, cap. V, §§ 1.º e 2.º; p. 267 e 271 da edição latina de Frankfurt, 1694).

2. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, em *Werke*, VII, p. 343; desde uma visão crítica da ideia de monopólio legítimo da força, traça um paralelo com a vingança Lüderssen, Klaus, em *La insostenible situación del derecho penal*, p. 174 e ss.

3. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, em *Werke*, VIII, p. 170; Berner, A. F., em *Archiv des Criminalrechts*, 1848, p. 547-598; do mesmo, *Lehrbuch*, 1898, p. 107 e ss.; Levita, Carl, *Das Recht der Notwehr*, p. 11-12; Hälschner, Hugo, *Das gemeine Deutsche Strafrecht*, p. 473-485; Köstlin, R., *System des deutschen Strafrechts*, p. 124 e ss.; Abegg, Julius F. H., *Lehrbuch*. Sobre a teoria da necessidade em Hegel, Bockelmann, Paul, *Hegels Notstandslehre*.

4. Geyer, August, *Die Lehre von der Notwehr*, p. 13. Para o positivista Fioretti, "a legítima defesa se apresenta como forma abreviada do juízo penal e de sua execução" (*Sobre a legítima defesa*, p. 17).

lizável quando o ordenamento jurídico não pudesse acudir-se a si mesmo.[5] Em mãos autoritárias o argumento idealista exacerbou-se, chegando a considerar-se que quem se defende cumpriria praticamente uma função pública.[6] Um pequeno passo adiante e caberia concluir que a legítima defesa não seria um direito e sim um dever jurídico. Por essa linha afirmou-se que a legítima defesa não seria um ato de necessidade, mas sim de justiça, por meio do qual se presta um serviço à comunidade.[7] Embora alguns práticos, como Carpzóvio, tenham sustentado algo parecido, fizeram-no socorridos pela noção canônica de que deixar-se matar sem defender-se constituiria pecado mortal, pois envolvia abandonar o posto dado por Deus aos homens; contra isso, argumentou Covarrubias que poderia tratar-se de um ato de grande perfeição.[8] Ferneck criticou a natureza de exercício de um direito observando que o agressor não estaria obrigado a suportar a defesa, o que parece correto no sentido de que não atua antijuridicamente o agressor que foge, mas resulta falso se tomado no sentido de que o agressor pode juridicamente repelir a defesa legítima. Por outro lado, a defesa deve evitar ou neutralizar a agressão, e precisamente a isto está o agressor obrigado.

3. A ênfase que o objetivismo lançou sobre a defesa do ordenamento jurídico, compreendido como direito objetivo, restringiu seu âmbito, exigindo cada vez mais a equivalência entre o dano causado e o dano evitado, aproximando assim a legítima defesa do estado de necessidade e minimizando a relevância da ilicitude da agressão. Por seu turno, a vertente subjetivista tem origens contratualistas, entendendo-se que quando o Estado não pudesse acudir à defesa dos "direitos naturais" do indivíduo cessaria o dever de obediência do súdito: se o Estado não consegue proteger o sujeito, tampouco pode exigir-lhe obediência.[9] Por isso este subjetivismo radical individualista se desinteressará pela magnitude do dano causado pela defesa, limitada apenas pela *necessidade* – que não conhece lei.[10] Foi Binding que frisou seu caráter de direito até considerá-la um direito subjetivo.[11]

5. Cf. Bauer, Fritz, em *Die Deutsche Strafrechtreform*, p. 12. Para Fichte, o direito de autodefesa só existiria na medida em que o Estado não pudesse defender o agredido, que deveria gritar por socorro como "condição exclusiva do direito de autodefesa" (*Fondement du droit naturel*, p. 260).

6. Maggiore, t. I, p. 403. Isto implica aceitar que a defesa justifica o defendente pela ausência do Estado: cf. Hennau, Christiane e Verhaegen, Jacques, *Droit pénal général*, p. 177.

7. Bouzat-Pinatel, *Traité*, t. I, p. 359.

8. Cf. Pereda, Julián, *Covarrubias Penalista*, p. 92-93.

9. O argumento remonta a Hobbes (Leviatã, cap. XXVII); cf. Vedrosa, op. cit., p. 184.

10. Na segunda (1933, p. 231) e terceira (1949) edições do *Lehrbuch*, Mezger inicia o tratamento do direito da necessidade afirmando exatamente isso: "Not kennt kein Gebot"; cf. também Bettiol, versando o estado de necessidade.

11. *Handbuch*, p. 732; Baumgarten, *Notstand und Notwehr*, p. 102; Oetker, Friedrich, em *Fest. f. Frank*, I, p. 375.

4. As tentativas de costurar um fundamento complexo (objetivista e subjetivista) são inúmeras.[12] Assim, Roxin sustenta que o fundamento é subjetivista, porém convive com uma objetiva função político-criminal vinculada à prevenção geral,[13] o que permitiria trasladar os limites da pena à legitima defesa.[14] Essa tese só parece verdadeira enquanto nos detivermos sobre o inquestionável efeito preventivo da ação defensiva, porque no fundo confunde o *pretenso* efeito preventivo da pena com o *verificável* efeito preventivo da coerção direta: a esta última se reporta qualquer prevenção derivada da legitima defesa, e não à pena.

5. É recorrente a afirmação[15] de que o fundamento da legítima defesa está no princípio segundo o qual *o direito não tem por que suportar o injusto*,[16] com o qual se pretende obviar o debate entre objetivismo e subjetivismo partindo do reconhecimento do *caráter subsidiário* da defesa, vale dizer, *a defesa só seria legítima quando não fosse possível recorrer a tempo aos órgãos e meios juridicamente disponíveis*. Este fundamento não consegue superar o debate de fundo, porque *se alguém não tem o dever de suportar o injusto é porque tem o direito de repeli-lo ou fazê-lo cessar*, de modo que para além de compatibilizar-se com a natureza de exercício de direito, estaria a confirmar tal natureza.

6. De todo modo, o reconhecimento de tratar-se de um direito não garante sua legitimidade, pois se se toma a subsidiariedade no sentido idealizado de que o Estado distribuiria igualitariamente todos os seus serviços e sempre de forma eficaz, o critério para limitar o exercício deste direito seria antijurídico por socialmente aberrante. Não existe no planeta um só Estado que distribua igualitariamente os serviços públicos, muito especialmente os de justiça e incolumidade de bens jurídicos. A desigualdade no acesso à justiça é um dado que atraiu muitos estudiosos; as assimétricas cotas de vitimização segundo a classe social estampam a desigualdade perante os serviços de incolumidade de bens jurídicos. Se a subsidiariedade for valorada como critério limitador do direito à legítima defesa, desprezando-se esses dados da realidade, produzirá limites inversamente proporcionais à classe social do defendente, o que seria obviamente inconstitucional. Pelo contrário, a subsidiariedade adquire um sentido racional quando significar que o direito à legítima defesa cessa quando o defendente dispuser da possibilidade concreta, certa e efetiva de recorrer ao serviço público, desde que este possa protegê-lo com eficácia

12. Uma síntese do individual e do social em Kargl, Walter, em *ZStW*, 1998, p. 38.

13. Em sentido contrário Jakobs, p. 467.

14. Roxin, p. 608; também em *Política criminal y estructura del delito*, p. 55 e 66.

15. Provinda de Berner, *Lehrbuch*, p. 102.

16. Welzel, p. 84; Jescheck-Weigend, p. 336 ss.; Jakobs, p. 466; uma síntese em Martínez Milton, Luis, *Derecho penal*, p. 315 e ss.

não inferior à que lhe proporcionaria sua própria autodefesa. Neste sentido, a subsidiariedade só interessará aos casos nos quais haja oportunidade de recorrer a tempo ao serviço público, e este seja acessível e eficaz; estão fora desse interesse todas as hipóteses nas quais a agressão provenha do próprio Estado (do próprio serviço público).

7. A partir de fundamentos mais modestos, porém não menos complexos, procurou-se o princípio regulador da legítima defesa nas *boas razões*,[17] no *social*,[18] no *adequado*, no *racional*, tudo isso com protestos de prudência que fixariam limites à necessidade ou à racionalidade de defesa.[19] No fundo, porém, a disputa sobre a base reguladora da legítima defesa exprime uma polêmica entre distintas concepções políticas.[20] Na prática, a questão mais importante que se coloca está em ter a legítima defesa como único limite a necessidade ou, pelo contrário, haver nela certa ponderação entre os bens jurídicos em questão (do agressor e do defendente). A relevância prática do debate reside, portanto, na assimilação ou na diferenciação entre legítima defesa e estado de necessidade.

8. O debate, contudo, não parece desenvolver-se adequadamente, como ocorre sempre que se pretenda contrapor o indivíduo à sociedade, tal qual no liberalismo, ou sempre que se pretenda excluir o indivíduo da sociedade, tal qual no funcionalismo de Luhmann. Não há liberdade nem direitos que possam fazer-se valer sem a autonomia política do cidadão (soberania popular). Os direitos a iguais ou maiores liberdades têm sua validade vinculada à formação da vontade política mediante procedimentos democráticos sem qualquer coerção além daquela provinda do melhor argumento.[21] Os direitos humanos fundados em sua autonomia privada (liberdade, integridade física e propriedade) só adquirem forma positiva por meio da autonomia política. Não constituem postulados morais no sentido do idealismo alemão e inclusive do próprio Habermas; pelo contrário, configuram a expressão dos interesses de uma sociedade mobilizada que faz do material uma lei e, pois, um direito, como demonstra o direito internacional dos direitos humanos. Esta oposição entre o humano individual e o humano social é sempre falsa, desde que não se concebe existência que não seja ao mesmo tempo coexistência. Na verdade, tanto o argumento objetivista quanto o subjetivista não nasceram do penalismo ilustrado, remontando a concepções de Agostinho e Tomás de Aquino. O primeiro afirma-

17. Jakobs, p. 419, 457 e 481.

18. Na paz social His, Rudolf, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, t. I, p. 196.

19. Jescheck-Weigend, p. 337.

20. Assim Schröder, Friedrich Christian, em *Fest. f. Maurach*, pp. 127 e ss. e Nino, Carlos Santiago, em *DP*, 1979, p. 235 e ss.

21. Habermas, J., *Facticidad y validez*, p. 93-95, 200 e 226.

ra que a legítima defesa não poderia justificar a morte do agressor, enquanto o segundo sustentaria o contrário. Para o bispo de Hipona, quando o homem age racionalmente ele supera o instinto de conservação animal, dando-se conta de que nem sequer sua vida pode ser defendida à custa da vida alheia; neste ponto, a lei humana estaria em contradição com a lei divina. O autor da *Summa Theologiae*, ao contrário, valia-se da teoria do *voluntário indireto*, segundo a qual o agredido não podia pretender intencionalmente matar o agressor, mas sim devia buscar como fim a conservação da própria vida, ainda que para isso o meio utilizado fosse a morte do agressor.[22]

9. Em conclusão, a legítima defesa não tem nenhuma função que permita aproximá-la da pena, e seu efeito preventivo é análogo ao da coerção direta e não ao problemático efeito preventivo que, sem qualquer comprovação empírica, é atribuído à pena como verdade dogmática. Seu fundamento não é outro senão o direito do cidadão a exercer coerção direta quando o Estado não puder proporcioná-la na situação concreta com idêntica eficácia. Como todo direito, tem limites, que não provêm apenas da necessidade, mas também da racionalidade. Os limites racionais ao exercício de um direito não alteram sua natureza, mas tão só o demarcam republicanamente. Diversamente da tradição legislativa alemã – que se refere à *defesa necessária (Notwehr)* – e a despeito da expressão "necessária defensão" empregada pelas Ordenações Filipinas (V, XXXV), a doutrina brasileira sempre tratou da *defesa legítima*, com o que manifesta que a necessidade é um requisito, porém definitivamente o limite é jurídico-valorativo e está dado pela racionalidade: *a defesa necessária será legítima sempre que também for racional.* Toda defesa racional é necessária, mas a recíproca nem sempre é verdadeira. Como se verá em seguida, tal racionalidade limitadora não deriva de qualquer fundamento objetivista, nem da consequente pretensa analogia com a pena e tampouco da proximidade com o estado de necessidade.

II. A RACIONALIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA

1. No estado de necessidade justificante (arts. 23, I, e 24 do CP) o meio lesivo é empregado para evitar um mal maior ou idêntico, enquanto na legítima defesa trata-se de evitar danos provenientes de uma conduta antijurídica. É um equívoco

22. Vecilla de las Heras, Luis, em *Rev. de Est. Penitenciarios*, Madri, 1964, n. 20, p. 661 e ss.; uma exposição completa sobre os diversos fundamentos da legítima defesa em Luzón Peña, Diego-Manuel, em CPC, 1977, n. 3, p. 101 e ss. (reproduzida na magnífica monografia *Aspectos esenciales de la legítima defensa)*; um esquema didático em Jardim Linhares, Marcello, *Legítima defesa*, p. 98; cf. também Rodrigues de Meréje, *A legítima defesa*, p. 21 e ss., e Melo Almada, Célio, *Legítima defesa*, p. 41 e ss.

considerar que na legítima defesa interviria uma *tolerância* quanto às lesões causadas no agressor pelo defendente. Nenhum Estado de direito *tolera* um direito; além do mais, se houvesse algo a deplorar seria precisamente a ineficiência do Estado e não a conduta que impediu ou interrompeu a agressão injusta. Entender a legítima defesa como prática *tolerada* supõe entender os direitos como concessões de um poder que se coloca acima da sociedade civil, perante o qual os cidadãos e os direitos não passariam de favores numa relação política clientelista pré-moderna.

2. A questão levantada pela legítima defesa não é, portanto, de *tolerância*, e sim de *racionalidade* quanto aos limites deste direito, tal como ocorre no exercício de qualquer outro direito.[23] Quando se afirma que o ordenamento jurídico *não pode tolerar* que a defesa alcance uma intensidade na qual a conduta defensiva resulte daninha à segurança jurídica, o problema não interroga o limite da tolerância e sim o da racionalidade. A racionalidade é uma característica do direito de toda república, e não poderia ser diferente na legítima defesa. Seria um grave erro pretender que se renuncie ao fundamento subjetivista quando se exclui de seu âmbito os casos de lesões inusitadamente desproporcionais, pois *todo direito tem limites na coexistência, sem que isso signifique atribuir-lhe o caráter de concessão graciosa ou negar sua natureza derivando-o de sua funcionalidade para o ordenamento jurídico.*

3. Nas situações concretas em que caiba deliberar se a injustiça da agressão justificaria a desproporção com a lesão infligida,[24] a racionalidade é o princípio corretivo em que buscar a resposta, que será sempre equívoca se passar pela *tolerância* ou desviar-se erroneamente para a ponderação de males do estado de necessidade.[25] Se se entende a racionalidade como ausência de uma desproporção insólita e grosseira entre o mal que a defesa evita e aquele que ela causa, sem prejuízo de aprofundar particularidades da fórmula em hipóteses especiais, passa-se a dispor de um critério muito mais preciso do que os geralmente empregados.

4. São evidentes as diferenças entre legítima defesa e estado de necessidade: enquanto na segunda justifica-se a causação do *mal menor ou idêntico*, na primeira justifica-se a evitação do resultado da agressão injusta (de uma conduta antijurídi-

23. Peña Cabrera, Raúl, *Tratado*, p. 411; Iglésias Río, Miguel Angel, *Perspectiva histórica, cultural y comparada de la legítima defensa*, p. 121.

24. Stratenwerth, p. 139; sobre o chamado "caso Goezt", Fletcher, Georg, *En defensa propia*; sobre pequenas lesões, Pessoa, Nelson R., *Legítima defensa*, p. 67.

25. Merkel, *Die Kollision rechtmässiger Interessen*, p. 66; Jescheck-Weigend, p. 338; em sentido análogo Fragoso, Heleno, p. 203; Correia, E., vol. 1, p. 59, parece não admitir nenhuma restrição e não alcançar o verdadeiro sentido da racionalidade; em polo oposto, Fernando Mantovani (p. 240) se aproxima do estado de necessidade, não admitindo morte nem lesões graves na defesa de bens patrimoniais; também Kargl, Walter, em *ZStW*, 1998, p. 38; mais cauteloso Bettiol, p. 336.

ca). Portanto, a legítima defesa não opera com limites provindos da ponderação de males que caracteriza o estado de necessidade, e sim com os limites impostos pela racionalidade enquanto ausência de disparidade escandalosa entre a magnitude da agressão e das lesões a bens jurídicos produzidas pela defesa que a repeliu. A questão sobre a admissibilidade da morte em defesa de bens patrimoniais não se equaciona adequadamente por meio da ponderação de males compreendidos como bens jurídicos (ou direitos subjetivos) abstratamente afetados, pois assim se pressuporia um objetivismo valorativo tão mutável quanto as conjunturas políticas. Poucos conceitos penais são tão perigosos como o objetivismo valorativo remetido à disciplina da legítima defesa: atrozes genocídios foram cometidos sob tal pretexto; nos Estados autoritários as leis sempre se intitulam "de defesa"; matou-se massivamente em "defesa" da pretensa pureza de uma suposta "raça"; escravizou-se para "defender" a civilização; torturou-se em "defesa" da "democracia" etc.

5. Bastam esses exemplos para provar que no âmbito da legítima defesa os limites não podem ser fixados por uma simples e abstrata ponderação de males: neste terreno, a defesa perderá sua legitimidade quando o emprego imoderado de meio necessário (ou o emprego ainda que moderado de meio desnecessário) provocar um resultado lesivo concreto que, pela inusitada e escandalosa desproporção para com a agressão, venha a produzir mais insegurança jurídica do que a própria agressão. Não se está aqui renunciando completamente ao fundamento subjetivista, mas tão somente reconhecendo que *não existe nenhum ordenamento jurídico que admita um individualismo de tal monta que consinta na defesa dos direitos individuais mesmo ao custo extremo de inviabilizar a coexistência, convertendo a interação social numa selva, pois isso equivaleria a sua própria negação.* Assim, no clássico e reiterado exemplo do paralítico que, tendo ao alcance das mãos apenas uma escopeta, dispara contra a criança para impedir o furto da maçã,[26] a ilegitimidade da defesa não deflui da superior hierarquia do *bem jurídico vida* sobre o *bem jurídico propriedade*, mas sim da inconformidade ao direito do fato de, para evitar uma lesão insignificante, recorrer alguém a um meio que, a despeito de necessário (por ser o único disponível), produzirá um resultado enormemente mais lesivo. Neste e em outros casos análogos, a ação de disparar poderia ser considerada *necessária*, à míngua de outra qualquer – inclusive menos lesiva – para repelir a agressão, porém não seria considerada *racional*. Desde o individualismo objeta-se que desse modo o direito consagraria o dever de suportar o injusto, mas o argumento é mais pirotécnico do que convincente, posto que a regra geral é evidentemente o inverso, e esses casos duros constituem exceção. Além disso, frequentemente o direito impõe o dever de suportar o injusto em certas circunstâncias, como o confisco de

26. Roxin, p. 632.

poupança por motivos macroeconômicos, a execução de sentenças cuja nulidade ainda não foi declarada etc.

6. Na Alemanha, este requisito não dispõe de expressa previsão legal, motivo pelo qual casos de irracionalidade foram remetidos ao quadro teórico do abuso do direito de defesa,[27] do mesmo modo que aquelas hipóteses nas quais o agredido poderia lançar mão de outro meio menos gravoso para evitar a agressão, ainda que seu emprego acarretasse insignificante lesão a seus direitos, a exemplo da agressão por parte de um doente mental ou de uma criança que o defendente pudesse eludir retirando-se ou mesmo fugindo.[28] Nos demais casos, sustenta-se corretamente que a mera possibilidade de fuga não exclui a legitimidade da defesa.[29] É preciso distinguir aqui as soluções que a possibilidade de fuga apresenta a partir do fundamento político que se outorgue à legítima defesa. Quem entende que os bens jurídicos são públicos, ou seja, que os direitos têm o Estado por titular final (e, portanto, a defesa é uma questão do Estado) terá consequentemente que impor ao súdito na iminência de ver-se agredido o dever de fugir sempre que a fuga logre evitar a agressão, solução predominante no antigo regime, com exceção de nobres e militares, para quem se considerava afrontoso fazê-lo.[30] Essa limitação não pode significar, num Estado de direito, a obrigação dos cidadãos de suportarem agressões injustas sob pretexto de interesses superiores, porém tão somente implica demarcar a defesa no quadro das mesmas restrições impostas a qualquer exercício de direito, isto é, ao princípio de *iguais liberdades,* comum a todos eles, que torna abusivo todo exercício de direito lesivo à liberdade dos demais.

7. Parece paradoxal, nos exemplos citados, que caiba reconhecer algum direito ao agressor, a quem organizou um curso lesivo contra o defendente. No entanto, quando se coloca o problema na perspectiva oposta (ou seja, na perspectiva do

27. Cf. Henkel, *Recht und Individualität*, p. 67; Schaffstein, Friedrich, em *Monatschrift für Deutsches Recht*, 1952, p. 132; Himmlereich, Klaus, em *GA*, 1966, p. 129; Welzel, p. 86; Kratzch, Dietrich, *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*; Roxin, p. 632.

28. Stratenwerth, p. 138; Welzel, p. 86.

29. Cf. Díaz, Emilio, *El Código Penal*, p. 79; Ranieri, Silvio, *Manuale*, p. 54; Roxin, p. 633; Jakobs, p. 475; Hungria, vol. 1, t. II, p. 288.

30. Muyart de Vouglans, I, p. 10. Algo desse sentido aristocrático e militar de honra sobrevive nas formulações jurídicas a respeito. Marcello Jardim Linhares, que corretamente distingue entre a fuga e o *commodus discessus*, caracteriza este último, entre outros elementos, por "não resultar para o agente o caráter de ação vil e desonrosa" (op. cit., p. 354). Velho acórdão de um tribunal brasileiro registrava que "um militar, principalmente um oficial superior, não pode dar mostras de covardia e fugir daquele que o ameaça" (cf. Rodrigues de Meréje, op. cit., p. 39). Hungria dizia que "a lei não pode exigir que se leia pela cartilha dos covardes e pusilânimes" (*Comentários*, vol. 1, t. II, p. 292).

agressor) a solução individualista radical deve ser rechaçada por redução ao absurdo: não é possível sustentar que a criança perdeu todos os direitos quando desejou subtrair a maçã do paralítico, pois essa cabal desqualificação jurídica não se dá hoje nem quando alguém é condenado à mais severa das penas pela prática do mais grave dos crimes,[31] preservando ele todos os direitos não afetados pela execução penal.

8. Este limite se impõe em função do princípio de iguais liberdades, que implica a reserva do âmbito de autonomia privada sempre que seu exercício não envolver lesão de iguais liberdades alheias, inclusive as do próprio agressor. Não se trata de restringir a legítima defesa em nome de pretensos valores objetivos, como os pequenos injustos desprovidos de "perigo social" excluídos pelo direito soviético,[32] nem de pretender que os bens do agressor e do defendente pertencem ao Estado e que este não poderia tolerar sua perda além de certa medida, senão de simplesmente reafirmar que o direito de um cidadão não pode ser irracionalmente afetado e que o agressor não pode ser reduzido a um objeto de direitos de terceiros consagrando um *nexum* aplicável a agressores. Assim, o princípio de iguais liberdades deve ser também compreendido como base da plataforma regulativa da racionalidade na defesa que, assinalando um limite ao exercício de um direito perante as liberdades de terceiros, opera como a *lex poetelia papiria* em relação aos devedores, de sorte a – sem ponderar a preeminência de um direito ou de um mal ou de um valor sobre outro – exprimir enfaticamente que o irracional não pode constituir nenhum direito.

9. Quem fuzila o punguista que lhe está subtraindo irrisória quantia não se defende legitimamente, porque tal defesa é tão insolitamente desproporcional que produz um conflito mais alarmante do que o furto repelido, e isto mesmo que a arma de fogo fosse o único meio disponível. (Se caberia exculpar o defendente abusivo, diante de circunstâncias por ele representadas, é assunto que será em seguida abordado.) A necessidade racional não aponta para meios defensivos em concreto, atendo-se apenas a que a magnitude da repulsa não seja juridicamente disparatada em relação à lesão que se busca repelir. Não pode constituir regular exercício de direito aquele que implique desnecessária lesão a direitos alheios. O requisito de racionalidade impede a legitimação da defesa abusiva: o paralítico que mata a criança para preservar a posse da maçã atua antijuridicamente, fora do âmbito de seu direito à legítima defesa por falta deste requisito essencial.

10. Para o direito brasileiro, "entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem" (art. 25 do CP). Observe-se a precedência que, na fórmu-

31. Nesse sentido parece perigosa a afirmação de Jakobs, p. 482.

32. Cf. Schröder, Friedrich-Christian, em *Fest. f. Maurach*, p. 127 e ss.

la legal, deferiu-se à moderação da reação defensiva e ao emprego de meios defensivos necessários, isto é, racionalmente adequados à evitação ou contenção da agressão.[33] Como em tantos outros direitos nacionais europeus, a preocupação canônica com a moderação da reação defensiva (*defensio debet esse offensioni proportionata*) chegara ao direito português, e as Ordenações, ao despenalizarem a morte do agressor, ressalvavam o defendente que "excedeu aquela temperança que devera ou pudera ter", caso em que seria ele "punido segundo a qualidade do excesso".[34] Nosso Código imperial subordinava a eficácia justificante da defesa, entre outros requisitos, à "falta absoluta de outro meio menos prejudicial" (art. 14, §§ 3.º e 4.º, do CCr 1830). Para o Conselheiro Paula Pessoa, "o direito de defesa (...) cessa quando o ataque foi repelido e o perigo passou", e logo o defendente poderia ser responsabilizado por "imprudência e precipitação" quando não mantivesse proporcionalidade entre a reação defensiva e o ataque sofrido ou golpeasse o agressor após cessada a agressão.[35] Vieira de Araújo, para quem a defesa representava "um verdadeiro direito que o indivíduo exercita", postulava "uma certa relação dela com a agressão", apesar de considerar, numa linha que remonta aos práticos, "impossível estabelecer uma relação mathematicamente exacta" entre ambos.[36] No Código Penal de 1890 aquela "falta absoluta de outro meio menos prejudicial" do código imperial transformou-se no "emprego de meios adequados para evitar o mal e em proporção da agressão" (art. 34, 3.º). Mas essa proporcionalidade foi logo relativizada pela jurisprudência e pela doutrina. Acórdão de 1910 afirmava que a exigência de uma "proporcionalidade absoluta entre agressão e defesa (...) anularia a justificativa", sendo impossível ao agredido "a exacta observação dos meios de ataque para ajuizar da legitimidade dos meios de repulsa a seu alcance".[37] Macedo Soares reivindicava "que a pessoa atacada tivesse conhecimento desse meio de defesa mais

33. A uma "necessidade racional" dos meios empregados para prevenir ou suspender a agressão se referia Cavaleiro de Ferreira, *Direito penal português*, I, p. 363.

34. Ord. Man. V, X; Ord. Fil. V, XXXV (atualizou-se a grafia). Em seu anteprojeto, Mello Freire substituiu a palavra *temperança* por *modo* (na acepção de justa medida empregada pelos práticos – cf. Julius Clarus, *Practica Criminalis*, § *Homicidium*, n. 34): "Não commette delicto o que em sua justa, e necesaria defesa ferir, ou matar, não excedendo o modo" (Ensaio do Código Criminal, tít. II, § 18).

35. Paula Pessoa, Vicente Alves, *Codigo Criminal do Imperio do Brazil*, p. 54-55.

36. Vieira de Araújo, João, *Codigo Criminal Brasileiro*, p. 276 e 287. Também Thomaz Alves Junior, que via no excesso um castigo ou uma vingança puníveis do defendente, também mencionou as dificuldades em dosar "com rigoroso escrúpulo" a reação defensiva (*Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal*, I, p. 271). Para as raízes nos práticos, cf. Carrara, *Programma*, § 1338, nota 1.

37. Corte de Apellação do Distrito Federal, 1.ª C., 01.08.1910, em Costa, Edgar, *Repertório de Jurisprudência Criminal*, p. 75. Carrara observou com finura que a exigência de estrita

brando" utilizável por ela, e Costa e Silva – invocando Lima Drummond – afirmava que "o perigo subjetivo, e não o objetivo, deveria ser o critério para decidir se houve ou não moderação".[38] O coroamento dessa tendência, que proporia a subjetivização de toda a legítima defesa, se daria entre nós com Pedro Vergara, porém não resistiria à crítica de Hungria.[39]

11. Nada informa sobre a punibilidade do defendente abusivo a classificação do excesso em *intensivo* (quando, na iminência dela ou durante a agressão, o defendente emprega um meio grosseiramente desnecessário para contê-la[40]) e *extensivo* (quando, cessada a agressão, o defendente ainda persiste no emprego do meio necessário do qual se valera para contê-la[41]).[42] A punibilidade do excesso, seja ele intensivo ou extensivo, se apresenta em outra classificação, fundada na subjetividade do defendente abusivo. Sob a rubrica "excesso punível" dispõe nossa lei – e o dispositivo se aplica a todas as causas de exclusão de ilicitude – que "o agente (...) responderá pelo excesso doloso ou culposo" (art. 23, par. ún., do CP). Ao lado do excesso *doloso* e do excesso *culposo*, sobre os quais nos deteremos em seguida, existe o chamado excesso *escusável*, que na verdade constitui um problema no âmbito da culpabilidade e não da ilicitude. Com quase a mesma redação do malogrado Código Penal de 1969 (art. 30, § 1.°), encontra-se ele previsto em nosso Código Penal Militar: "Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação" (art. 45, par. ún., do CPM).[43] O exces-

proporcionalidade na reação defensiva "constitui uma exceção que destrói a regra" (*Programma*, §1339).

38. Macedo Soares, O., *Codigo Penal*, p. 91; Costa e Silva, A. J., *Código Penal*, p. 263.

39. Vergara, Pedro, *Da legítima defesa subjetiva*; Hungria, Nélson, *Comentários*, vol. 1, t. II, p. 289-290.

40. "Será que uma galinha vale a perda de uma vida humana? (...) O furto de uma galinha e danos no galinheiro jamais poderão valer o sacrifício da vida humana" (TJRS, rel. Des. Antônio Augusto Fernandes, *RJTJRS* 113/76, apud A. Silva Franco e R. Stoco (org.), *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, vol. 1, p. 410).

41. "Verifica-se o excesso na reação (...) na conduta do acusado desfechando mais tiros no ofendido quando este, ferido mortalmente, já não oferecia qualquer perigo à sua incolumidade física" (TJSP, rel. Des. Márcio Bonilha, *RT* 525/350, apud A. Silva Franco e R. Stoco (org.), op. cit., vol. 1, p. 410-411). Argumenta-se que no excesso extensivo existe menor conteúdo de injusto já que se trata de conduta em seu início justificada e só posteriormente antijurídica (Giménez, Arnoldo A., em *JA*, 18 –VIII-1976).

42. Cf. Cirino dos Santos, Juarez, *Direito penal*, p. 241.

43. Da lei militar, por razões institucionais, suprimiu-se a palavra "medo", presente na redação do Código Penal de 1969. Um de nossos destacados autores de direito penal militar, Esmeraldino Bandeira, sustentava já em 1919 (reiterando sua opinião em 1923) que nossa lei castrense deveria introduzir o excesso escusável (cf. Roque de Brito Alves, *A moderação*

so doloso oferece poucos problemas. Neste caso, o defendente abusivo, consciente da grosseira desnecessidade do meio escolhido e da disponibilidade de meios alternativos (no excesso intensivo) ou do término da agressão (no excesso extensivo) voluntariamente vulnera ou continua a vulnerar bens jurídicos do agressor. Como disse lapidarmente Hungria, "a defesa como meio desnecessariamente desproporcionado ou com imoderação no emprego do meio disponível torna-se violência injusta e coloca o agressor, por sua vez, em situação da legítima defesa".[44] A pena do defendente abusivo doloso deve, contudo, ser atenuada, seja por ter ele atuado "sob a influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima" (art. 65, III, *c*, do CP), seja pela atenuante genérica (art. 66 do CP); na lei penal militar há previsão expressa de atenuante para a hipótese (art. 46 do CPM). No excesso culposo, o defendente abusivo incautamente ou superestima a agressão desfechada ou em vias de desfechar-se contra ele ou subestima a eficácia de um meio defensivo menos drástico ao qual poderia recorrer, lançando por isso mão de meio grosseiramente desnecessário (excesso culposo intensivo) ou desatentamente não percebe que a agressão já cessara e mesmo assim persiste na utilização do meio defensivo ainda que necessário (excesso culposo extensivo). A consagrada fórmula de Carrara, do "erro de cálculo", tem no excesso culposo plena aplicação.[45] Para as concepções causalistas de crimes culposos, concentradas em torno da produção involuntária do resultado, a expressão excesso *culposo* causava estranheza, já que os golpes vibrados pelo defendente abusivo em seu agressor são inequivocadamente voluntários; foi opinião muito difundida que tal expressão sinalizaria tão somente uma equiparação *quoad poenam*,[46] com raízes na proposta dos práticos de aplicar-se à hipótese a mais benigna pena extraordinária.[47] Hoje, contudo, quando se sabe que ao tipo culposo não interessa a conduta final do sujeito e sim a causação de um resultado proibido evitável e previsível mediante a violação do dever de cuidado, a circunstância de serem voluntários os golpes do defendente abusivo não inviabiliza a busca de um conteúdo culposo para tal situação. Quando o agredido vibra seus golpes contra o agressor, exerce atividade final lícita, tal qual o motorista habilitado

na legítima defesa, p. 174), por influência de diversos códigos europeus (alemão, austríaco, holandês etc.). Em 1925, Lemos Sobrinho, sob a mesma influência, reivindicava também reconhecimento legal ao excesso escusável (*Legítima defesa*, p. 82 ss.).

44. *Comentários*, vol. 1, t. II, p. 304.

45. "L'eccesso di difesa non può esser oggi altro che un errore di calcolo" (*Programma*, § 1.345).

46. Para essa opinião, inclusive no Brasil, Hermes Vilchez Guerrero, *Do excesso em legítima defesa*, p. 132 e ss.

47. Tratando do excesso, dizia Julius Clarus: "Bene verum est, quod hoc casu non debet puniri poena ordinaria homicidii, sed solum de excessu poena extraordinaria, et mitiore arbitrio iudicis" (op. cit., § *Homicidium*, n. 34).

que dirige seu carro pelas ruas da cidade. A irracional desproporção entre agressão e o meio defensivo utilizado ou a persistência do emprego do meio, ainda que necessário, após cessada a agressão pode decorrer de uma decisão consciente do sujeito (excesso doloso) ou de um imputável defeito de sua percepção, que negligenciou na avaliação do volume ou da duração da agressão (excesso culposo). A impropriedade da designação excesso culposo não é hoje tão escandalosa quanto foi no passado. Por certo, quando o defeito de percepção do agredido provém da surpresa, do medo ou da perturbação de ânimo produzidos pela agressão, o excesso será escusável, suprimindo a culpabilidade pela pontual inexigibilidade do comedimento defensivo reclamado pelo direito.[48]

12. O *princípio da proporcionalidade*, tão difundido pelo neoconstitucionalismo, e que aliás atende também pelo nome de *princípio da proibição do excesso* (*Übermassverbot*), poderia ser experimentado para favorecer a caracterização do excesso na legítima defesa? Para tanto, caberia transportá-lo das relevantes funções que – na esteira do penalismo ilustrado – desempenha, a partir do princípio do Estado de direito e das garantias fundamentais,[49] para o território mais modesto de um conflito interindividual. Para efetuar tal transposição ao nível dos três subprincípios que se integram no princípio da proibição de excesso, é preciso utilizar analogicamente as lições da doutrina. (a) O *subprincípio da adequação* (ou da *idoneidade*, ou da *conformidade*) impõe que o meio defensivo seja "apropriado à consecução do fim",[50] "útil para lograr o fim perseguido",[51] exigindo "uma relação de adequação entre meio e fim que se verifica quando, por intermédio daquele, torna-se possível atingir o objetivo desejado".[52] Já se observou que a adequação ou idoneidade entre um meio e o fim almejado admite graduação e que "entre os extremos do absolutamente idôneo e do manifestamente inidôneo existe uma ampla escala de respostas intermediárias".[53] Na legítima defesa, o exame da adequação ou idoneidade do meio defensivo restringe-se aos meios concretamente disponíveis pelo agredido na situação por ele vivenciada. Atear fogo à casa, de cuja janela o agressor injuria verbalmente o desafeto que passa diante dela, configura exemplo do emprego de meio inadequado (ou inidôneo) para o fim de defesa da honra. (b) O *subprincípio da ne-*

48. Cf. Altayr Venzon, *Excessos na legítima defesa*, p. 54 e ss.; Hermes Vilchez Guerrero, op. cit., p. 155 ss.; Marcello Jardim Linhares, *Legítima defesa*, p. 395e ss.; Lemos Sobrinho, op. cit., p. 82 ss.

49. Canotilho, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 267.

50. Extraído de Canotilho, op. cit., p. 269.

51. Extraído de Mata Barranco, Norberto, J. de la, *El principio de proporcionalidad penal*, p 148.

52. Extraído de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 126.

53. Extraído de Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 388.

cessidade (ou da *exigibilidade*, ou da "menor ingerência possível") postula que o meio defensivo empregado, "comparado com outros meios alternativos igualmente idôneos para alcançar o mesmo fim, resulte ser o (...) menos lesivo para os direitos fundamentais afetados pela intervenção"[54] defensiva. Aqui se perguntaria se o defendente abusivo "poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para"[55] o agressor. O homem válido e robusto que se defende dos socos desnorteados de um bêbado visivelmente trôpego e desarmado com uma rajada de metralhadora exemplifica convenientemente o emprego de meio desnecessário.[56]
(c) O *subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito* será invocado após a constatação da adequação e da necessidade do meio defensivo empregado, para averiguar, por intermédio de um "juízo de ponderação",[57] se foi ele – seja pelos efeitos que decorram naturalmente de seu emprego, seja pela forma especialmente severa ou reiterativa com a qual foi empregado – proporcionado à agressão. Tal comparação, ao contrário do que se dá quando o princípio é convocado para a difícil tarefa de cotejar um delito com a pena que o legislador lhe cominou, deve ser realizada apenas no plano do concreto, defrontando-se a agressão injusta e o meio defensivo tal como realmente se apresentaram.[58] Será de reconhecer-se desproporção sempre que os danos a bens jurídicos do agressor forem significativamente superiores aos que teriam sido produzidos pelo emprego de outro meio disponível ou pelo mais comedido emprego do mesmo meio defensivo:[59] para afinar o barema valorativo que viabiliza a comparação, será fundamental conhecer qual era o direito agredido. A morte do agressor que pretendia matar o defendente é, em princípio, justificada, ao contrário da morte do agressor que pretendia furtar umas frutas do pomar do defendente. Os tribunais brasileiros frequentemente levam a cabo este juízo de ponderação,[60] porém advertem com ênfase ser completamente dispensável qual-

54. Extraído de Lopera Mesa, op. cit., p. 433; no mesmo sentido, Mata Barranco, op. cit., p. 153.

55. Extraído de Canotilho, op. cit., p. 270.

56. "A legítima defesa somente justifica as ações defensivas necessárias para afastar uma agressão antijurídica da forma menos lesiva possível para o agressor" (TJBA, rel. Des. Gerson Pereira, *Bahia Forense* 23/248).

57. Canotilho, op. cit., p. 270; Lopera Mesa, op. cit., p. 497.

58. Sobre proporcionalidade abstrata e concreta, Aguado Correa, Teresa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, p. 282 e ss.

59. Cf. Mata Barranco, op. cit., p. 154.

60. "A diferença etária entre o réu, à época dos fatos com 26 anos, torna inverossímil a versão da legítima defesa, pois tudo leva a crer que o uso de arma de fogo seria desnecessário contra um indivíduo de idade tão avançada" (TJSP, rel. Des. Raul Motta, *RT* 737/605); "A desproporção entre a compleição física masculina e aquela feminina deixa evidenciado que, não sendo em caráter absolutamente excepcional, não há necessidade de agressão

quer "rigor matemático" na comparação, particularmente quando a agressão injusta se dirige contra a vida ou a incolumidade física do defendente, ou quando não dispunha o defendente de outro meio.[61] Experimentar o princípio da proporcionalidade no campo do excesso na legítima defesa é ainda um desafio à criatividade penalística.

III. CASOS DUVIDOSOS DE NECESSIDADE RACIONAL (INCLUSIVE NOS *OFFENDICULA*)

1. Examinemos aquela constelação de casos que tanto preocuparam a doutrina, nos quais o defendente predispõe meios defensivos mecânicos que reagirão automaticamente quando acionados pelo agressor (*offendicula*). Tais casos compreendem desde cacos cortantes de vidro afixados sobre muros divisórios até a colocação de uma bomba que explodirá se o segredo do cofre-forte for manipulado erroneamente, passando por armadilhas mutilantes, eletrificação de cercas,[62] predisposição de armas[63] etc. Conviria discernir, aqui, três grupos de casos. No primeiro grupo, além da rigorosa proporcionalidade entre a previsível futura agressão e o meio defensivo predisposto, e além da adoção de cautelas para evitar cabalmente que a reação mecânica recaia sobre inocente, encontramos advertências claras (cartazes, sinais de perigo) sobre o *offendiculum*. Pensemos, para exemplificar, no proprietário de uma casa situada em lugar ermo que, depois de ter carro, móveis e aparelhos eletrodomésticos subtraídos duas vezes, eleva o muro para uma altura de seis metros, e aplica-lhe no topo alguns fios de arame farpado comedidamente eletrificados, afixando do lado de fora cartazes berrantes com o aviso "cuidado – cerca ele-

---

física para que um homem saudável ponha cobro a eventuais inconveniências por parte dela" (TACrimSP, rel. J. Adauto Suannes, *Julgados TACrimSP* 72/394); "Inadmissível possa alguém repelir legitimamente um simples pontapé, ou rasteira, com reiterados golpes de faca" (TACrimSP, rel. J. Xavier Homrich, *Julgados TACrimSP* 33/214); todas as ementas citadas em A. Silva Franco e R. Stoco, op. cit., p. 408 e ss.

61. "Ocorre moderação no revide mesmo que se tenha usado de meio que ocasione lesão mais grave do que a que poderia resultar da agressão impedida se de outro meio não dispunha o defendente para exercitar a repulsa" (TACrimSP, rel. J. Gudesteu Biber, *RT* 667/318).

62. "As precauções de cercar a residência com fios elétricos, para evitar que a mesma volte a ser objeto de crime contra o patrimônio, não configura o delito do art. 132 CP. Quem assim age tem a seu favor a legítima defesa" (TACrimSP, rel. J. Isnard dos Reis, *RT* 304/464; sempre apud A. S. Franco e R. Stoco (org.), *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, cit., p. 416).

63. "Vigia que morava com a família em terreno de um depósito que já fora objeto de furtos anteriores. Montagem para a defesa do estabelecimento e da família de *offendiculum* consistente em arma colocada sobre uma mesa, fixada em um trilho de ferro e ligada a uma tábua que, pisada por alguém, acionaria a arma." (TJSP, rel. Des. Cunha Bueno, *RJTJSP* 128/432.)

trificada – perigo". As lesões corporais decorrentes das farpas ou da eletricidade ativada, nas mãos e antebraços do frustrado ladrão, podem ser solucionadas, nesse grupo de casos, ao nível da tipicidade objetiva sistemática (atípica autolesão) ou ao nível da tipicidade objetiva conglobante (pelo consentimento informado da "vítima" que conscientemente optou por sua autoexposição a perigo). Para este primeiro grupo de casos, nos quais o meio defensivo predisposto é completamente proporcional à previsível futura agressão, e todos os cuidados foram adotados para impedir incidisse ele sobre terceiros, e ademais sua presença foi convenientemente informada, a lesão do agressor não é objetivamente típica. Para este grupo, o duro *imputet sibi* de Manzini é absolutamente correto, pois só ao agressor é imputável a lesão corporal por ele sofrida.[64] A autotutela imanente a qualquer direito autoriza o possuidor a empeçar eventual turbação da posse: trancas, portas, fechaduras, correntes e cadeados são dispositivos cuja destruição ou rompimento qualificam o furto (art. 155, § 4.°, I, do CP). O sentido original da palavra *offendiculum* é exatamente o de obstáculo, impedimento, oposição. A instalação de meio defensivo, quando observada criteriosamente a proporcionalidade com a provável agressão, tomadas todas as providências para evitar o acionamento casual por terceiros e informados enfaticamente os riscos dele provenientes configura atividade lícita. Passaria pela cabeça de alguém imputar ao morador do apartamento o traumatismo cranioencefálico sofrido pelo invasor que tentou romper a porta com valentes cabeçadas? Neste primeiro grupo, a solução jurídica não se altera segundo o atingido pelo *offendiculum* seja efetivamente um agressor (o ladrão que ia transpor o muro para roubar) ou um inocente (o curioso que apenas queria espiar o que havia no quintal). Falta aqui simplesmente qualquer desvalor de ação ao sujeito que instalou o *offendiculum*.

2. O segundo grupo de casos tem em comum com o primeiro a estrita proporcionalidade entre o meio defensivo predisposto e a provável agressão e a adoção de medidas de prudência para evitar o acionamento casual do meio, porém a instalação do *offendiculum* não é objeto de advertência clara e inequívoca, ou é até mesmo dissimulada. Agora, a solução jurídica será distinta, segundo o atingido pelo meio defensivo automático seja um agressor ou um inocente. Duvidou-se de que, atingido nessas circunstâncias um real agressor, se pudesse resolver a questão como legítima defesa, argumentando-se com a falta de agressão iminente (já que o meio defensivo é predisposto *antes* da agressão) e com a dificuldade de moderação da reação defensiva (proporcionalidade) inerente a mecanismos reativos.[65] O argumento

64. "Se o delinquente, invadindo a casa alheia, cai em alguma desgraça (*incappa in qualche malanno), imputet sibi*." (Manzini, *Trattato*, cit., vol. 2, p. 376.)

65. Entre nós, Aníbal Bruno (*Direito penal*, vol. 1, t. II, p. 10); cf. Maurach-Zipf, *Strafrecht*, vol. 1, p. 389.

da atualidade é facilmente superável, porquanto no momento em que o ladrão escala o muro, iniciando a execução de um furto qualificado pela escalada (art. 155, § 4.°, II, do CP), temos sem dúvida até mais do que uma agressão iminente, temos já uma agressão atual.[66] Quanto à proporcionalidade, é fora de dúvida que aquele que instala o *offendiculum* pode tecnicamente calibrar seus efeitos (por exemplo, limitando a potência da energia elétrica). Um dispositivo mecânico letal, instalado para a mera defesa da posse, está em princípio fora deste segundo grupo de casos; contudo, o mesmo dispositivo instalado na porta da casa de uma testemunha ameaçada, sabedora de que seria seguramente morta nos próximos dias, ativado certa madrugada quando um pistoleiro armado conseguira, graças a uma chave "micha", abrir a porta, pertenceria a este grupo.[67] Podemos, pois, admitir legítima defesa sempre que o *offendiculum* – observadas as exigências de proporcionalidade e cuidado já mencionadas, embora ausente advertência sobre sua instalação – atingir um agressor. Caso, a despeito das precauções adotadas, nessas mesmas circunstâncias for atingido um inocente (o curioso que só pretendia espiar o quintal alheio), a solução se encaminhará, à míngua de agressão injusta, para o campo do exercício regular (ou abusivo) de direito (manutenção preventiva de posse turbável – art. 1.210 do CC).

3. Num terceiro grupo de casos faltará totalmente a proporcionalidade (em princípio, falta proporcionalidade em todo *offendiculum* que para a proteção de direitos patrimoniais possa matar o agressor) ou, mesmo presente a proporcionalidade, faltam as mínimas cautelas para evitar o acionamento casual do dispositivo. Aqui, a solução é remetida ao tema do excesso: excesso na legítima defesa (se o atingido era agressor) ou abuso no exercício do direito de autotutela (se o atingido era inocente). Como visto, o excesso pode ser doloso (hipótese em que o defendente preventivo responderá por homicídio doloso ou lesões corporais dolosas, com espaço para o compósito preterdoloso previsto no art. 129, § 3.°, do CP) ou culposo (hipótese

66. Marcello Jardim Linhares, *Legítima defesa*, p. 358; Célio de Melo Almada, *Legítima defesa*, p. 83 e ss. "Em casos como o da espécie, a defesa é preparada de antemão, isto é, quando o perigo ainda é futuro, mas o funcionamento do aparelho é necessariamente subordinado à efetividade da agressão." (TACrimSP, rel. J. Ferreira Leite, em *Julgados TACrimSP*, 15/247.)

67. No julgamento do caso referido na nota 63, o tribunal ocupou-se pormenorizadamente das cautelas: "Cuidado do vigia de montar o *offendiculum* quando não havia mais ninguém no local e de desmontá-la, quando do início do trabalho no dia imediato. (...) O aparelho só funcionaria quando alguém (no caso, a vítima e seu comparsa) entrasse na área coberta, onde havia coisas a serem furtadas, e em tal mister pisasse na tábua ligada à espingarda. Só funcionaria, como se viu, de madrugada, estando a área fechada ao público" (TJSP, rel. Des. Cunha Bueno, *RJTJSP* 128/432). Opondo-se radicalmente a qualquer *offendiculum* que possa tirar a vida do agressor, Jacson Zilio, *Legítima defensa*, p. 151.

em que responderá ele por homicídio culposo ou lesões corporais culposas). Não se pode excluir que alguém, aterrorizado por ameaças reiteradas e convincentes e desprovido de alternativas, instalando um *offendiculum* drasticamente letal, esteja em situação de excesso *escusável*; esta, contudo, é uma questão que pertence ao âmbito da culpabilidade.

4. A necessidade de defesa deve ser valorada sempre *ex ante* e nunca *ex post*, ou seja, a partir do ponto de vista do sujeito que se defende.[68] Quem dispara sobre o indivíduo que lhe aponta uma arma de fogo defende-se com meio necessário, ainda que mais tarde se comprove que o agressor apontava-lhe uma arma descarregada. Se, contudo, fosse possível *ex ante* reconhecer a desnecessidade do meio defensivo empregado, e tal reconhecimento não se houvesse dado em razão de um verdadeiro erro provocado pela perturbação de ânimo causada pela agressão, retornaríamos a um problema de culpabilidade (excesso escusável). Quando o medo ou a surpresa da agressão gerarem no defendente um verdadeiro transtorno mental transitório, a solução se transferirá para o campo da imputabilidade.[69]

5. A distinção entre a natureza do dever jurídico (atipicidade por falta de antinormatividade) e das causas de justificação (exercício do direito a realizar a conduta típica) é aqui especialmente importante. Agentes policiais no exercício de suas funções empreendem rotineiramente ações defensivas que lhes são impostas pela lei. O policial que dispara contra alguém que se encontrava prestes a matar outro cidadão não atua tipicamente: o cumprimento do dever jurídico que o obriga exclui a antinormatividade de sua conduta, donde deflui sua atipicidade objetiva conglobante.[70] O cidadão comum tem o direito de defender terceiros, mas o policial tem o dever de fazê-lo – e a tal ponto que, se o não fizer, pode ser responsabilizado até mesmo criminalmente. Dúvidas se apresentam quanto à extensão do dever comparativamente ao exercício do direito, afirmando-se que no caso do policial seu dever de intervir é mais estreito do que o âmbito de intervenção como direito ao particular,[71] a partir das regras sobre uso de armas pela polícia, regras essas que no direito penal italiano geraram uma justificativa autônoma, o "uso legítimo de armas".[72] A rigor, o dever jurídico que vincula o policial não assinala um âmbito de intervenção menor do que aquele que assiste o cidadão comum; apenas, em face

68. Cf. Welzel, op. cit., p. 86; radicalmente, Pedro Vergara, *Da legítima defesa subjetiva*.

69. Cf. Mendoza Arévalo, José R., *La legítima defensa en la jurisprudencia venezolana*, p. 69.

70. Cf. vol. 2, t. I, p. 231 e ss. (§ 32, IV).

71. Assim Roxin, p. 656 e ss.

72. Cf. Alibrandi, Luigi, *L'uso Legittimo delle armi*. Para alguns, a proporcionalidade seria um "elemento implícito" desta causa de justificação (p. 92). No Brasil, o uso legítimo de arma está regido pela Lei 13.060, de 22.12.2014.

de seu adestramento específico, exige-se do policial uma valoração *ex ante* da necessidade mais ajustada à necessidade real do meio empregado. Em última análise, não se trata de um âmbito mais angusto de intervenção, e sim de uma mais estrita economia da violência. Esta é a solução que se impõe, porque do contrário nem se compreenderia que a legítima defesa fosse substitutiva e nem mesmo se justificaria a própria existência da força pública. Os números escandalosos das execuções policiais de suspeitos na América Latina reivindicam enfatizar essa exigência de valoração profissional da violência defensiva necessária.

6. Quando o funcionário submetido a dever jurídico atua em defesa própria, cabe igualmente um ajuste na tolerância a certas agressões, que o cidadão comum não estaria obrigado a suportar, como incontinências verbais emotivas (que a sangue frio poderiam caracterizar desacato), imprecações generalizadas e até mesmo pequenos danos na viatura policial.[73] São limites derivados da racionalidade dos atos de governo e especialmente do dever de preservar ou restabelecer a paz pública. Ressalvados estes ajustes, e frisando o encargo e uma mais apurada valoração *ex ante* da necessidade do meio defensivo, os funcionários, particularmente os policiais, conservam o direito à legítima defesa própria, como qualquer cidadão comum.

IV. OBJETOS ("DIREITOS") LEGITIMAMENTE DEFENSÁVEIS

1. No conceito legal de legítima defesa encontramos um defendente que "repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem" (art. 25 do CP). Tal conceito, formulado pelo Código Penal de 1940 e mantido *ipsis verbis* na reforma da Parte Geral de 1984, identifica como objeto da agressão um direito do defendente ou de terceiros. Nosso Código Criminal de 1830 autorizava a defesa "da própria pessoa ou de seus direitos" (art. 14, § 2.º), e nosso Código Penal de 1890 frisava não se restringir a legítima defesa "à proteção da vida", acrescentando que "ela compreende todos os direitos que podem ser lesados" (art. 32, § 2.º). Nessa invocação de "direitos" agredidos, frequente em tantas legislações de nossa família jurídica, sobrevive um anacronismo teórico: a concepção de que a agressão ilícita ofende direitos subjetivos. Tal concepção, que predominou no pensamento liberal,[74] seria superada pela elaboração – a partir do famoso artigo de Birnbaum e de Binding – do conceito de bem jurídico, além dos problemas levantados pelo próprio

73. Cf. Köhler, p. 277.

74. Na escola toscana tratava-se de opinião comum: para Carmignani, "o delito vulnera os direitos" (*Elementa iuris criminalis*, § 120), e para Carrara "o delito é uma contradição entre um feito humano e um direito" (*Programma*, § 54). Feuerbach afirmava que o objetivo geral da legislação penal residia na "conservação dos direitos" (*Lehrbuch*, § 23).

conceito de direito subjetivo.[75] Por isso, a despeito do conceito legal referir-se a "direitos" do defendente, a doutrina preferirá mencionar os "bens jurídicos" afetados pela agressão injusta.

2. A evolução legislativa da legítima defesa deu-se no âmbito dos crimes de homicídio e lesões corporais,[76] estendendo-se logo a outros bens jurídicos, particularmente ao patrimônio. Foi assim que o instituto, libertando-se da disciplina do homicídio e das lesões, chegou à parte geral dos Códigos. Recentemente, como efeito de experiências políticas traumáticas, surgiu uma tendência a que a legítima defesa possa abranger direitos pertinentes à autonomia pública dos cidadãos, reconhecendo-se o direito à defesa do modelo democrático de governo. É hoje praticamente unânime a opinião de que todo bem jurídico pode ser legitimante defendido,[77] ainda que de sua lesão não se ocupe a lei penal.[78] Temperando essa tendência, salienta-se ser incabível a legítima defesa contra meros ilícitos civis,[79] caso no qual a conduta pretensamente defensiva subsume-se no exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP). A referência, na lei brasileira, a "direito seu ou de outrem" (art. 25 do CP) deixa clara a amplitude dos bens jurídicos defensáveis entre nós. Convém observar que, na legítima defesa de terceiros, é indispensável que o titular do bem jurídico agredido tenha interesse em sua proteção: o consentimento do ofendido, ao excluir a tipicidade objetiva (sistemática ou con-

75. Para Kelsen, o direito subjetivo não passaria de um "simples reflexo de um dever jurídico", que ele considerava "supérfluo" para a exata demarcação da situação jurídica: "o indivíduo que tem o direito, isto é, aquele em face do qual esta conduta há de ocorrer, é apenas objeto da conduta" (*Teoria pura do direito*, vol. 1, p. 248). Del Vecchio, apesar de reconhecer a estrita conexão do direito subjetivo com o objetivo, vê na legítima defesa ofensa ao primeiro: "a possibilidade jurídica de agir, implícita sempre no direito subjetivo, traduz-se então em ato" (*Lições de filosofia do direito*, p. 436).

76. P. ex., CP francês, arts. 328 e 329.

77. Cf. Mayer, M. E., 1923, p. 278; sobre a possibilidade de defender o direito de preferência no estacionamento de veículos, Bockelmann, Paul, nota em *NJW*, 1966, p. 745 e ss.; Busse, Volker, *Nötigung im Strassenverkehr*, p. 123; Jescheck-Weigend, p. 339; Welzel, p. 84; Jakobs, p. 458; Köhler, p. 266; Roxin, p. 623; Núñez, vol. 1, p. 351; Soler, vol. 1, p. 359; Fontán Balestra, vol. 2, p. 131; Cousiño MacIver, vol. 2, p. 224; Armaza Galdós, Julio, *Legítima Defensa*... cit., p. 107; Hungria, *Comentários*, vol. 1, t. II, p. 298; Anibal Bruno, vol. 1, t. I, p. 364; Cezar Bitencourt, *Tratado*, vol. 1, p. 375; Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú, *Direito penal*, p. 227; Brito Alves, p. 562; um complexo estudo sobre os direitos coletivos em Sandoval Fernández, J., *Legítima defensa*; no mesmo sentido, Gómez López, J., *Legítima defensa*, p. 162.

78. Stratenwerth, p. 135; Welzel, p. 84.

79. Assim Paulo Queiroz, *Direito penal*, que exemplifica com a "mera violação de contrato" (p. 300).

globante), faz desaparecer a ilicitude da agressão, pressuposto indescartável da defesa legítima.[80]

3. Ganha corpo na Europa uma tendência limitadora, legislativamente assumida pelo Código austríaco de 1974, que restringe os bens defensáveis à vida, à liberdade, à saúde, à integridade corporal e ao patrimônio (art. 3.°, 1). Tal tendência respalda-se no esforço de um setor doutrinário e jurisprudencial que busca esgotar o elenco dos bens defensáveis nos direitos individuais.[81] Pretende-se excluir da legítima defesa os direitos que não se pode defender violentamente, como a fidelidade ou um inadimplemento obrigacional, sustentando-se inclusive que os bens jurídicos comunitários tampouco são suscetíveis de defesa[82] e aduzindo-se que solução diversa outorgaria ao cidadão o poder de polícia desafiando o monopólio da violência legítima estatal.[83] Trata-se de uma tendência contraditória: ao mesmo tempo em que se multiplicam os tipos legais de delito, destinados segundo esses autores a *tutelar* bens jurídicos coletivos, essas mesmas condutas típicas não poderiam ser tomadas como agressões injustas para o efeito de legitimar a defesa, quando o Estado não logrou contê-las por seus meios. Parece ser uma confissão involuntária da real ineficácia dessa pretensa *tutela* penal. Inaceitável, por outro lado, qualquer tese transpersonalista que considere o Estado como criador original da sociedade, do indivíduo e de seus direitos, que não se sustenta nem recorrendo a argumentos pré-modernos e que só seria admitida em teorias legitimantes do Estado de cariz cesarista, como o modelo weberiano. Curiosamente, há algumas décadas a crítica doutrinária europeia ocidental voltava suas baterias contra limitações à legítima defesa estabelecidas pela legislação penal soviética; derruído o muro, basta redirecionar aquela crítica à tendência limitadora que agora segue o mesmo rumo. No fundo, essa tendência pretende excluir da legítima defesa todas as ofensas aos direitos humanos classificados na segunda e na terceira gerações: na linha de uma teorização sob medida para o projeto neoliberal, tais direitos não passariam de simples declarações, promessas de "otimização" que o Estado cumprirá ou não, sem que o indivíduo possa opor qualquer resistência a sua lesão, já que aqueles direitos seriam apenas manifestações de boa vontade que os Estados inscreveram em suas Constituições e em tratados internacionais. *Do ponto de vista de um direito penal redutor e politicamente liberal, é inconcebível que exista um bem*

80. Roxin, *Strafrecht, A.T.*, vol. 1, p. 713; Juarez Cirino dos Santos, *Direito penal*, p. 239; Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, p. 200; Paulo Queiroz, p. 301; Cezar Bitencourt, *Tratado*, vol. 1, p. 375; Artur Gueiros – C.E. Japiassú, Direito Penal, p. 227.

81. Por todos, Roxin, p. 544.

82. Jakobs, p. 460.

83. Roxin, p. 531.

jurídico radicalmente excluído de toda forma de legítima defesa, pois em tal caso não se trataria de um bem jurídico.

4. Questão totalmente distinta e problemática é determinar em cada caso, segundo a hierarquia do bem jurídico e a intensidade da agressão, a necessidade racional da conduta defensiva.[84] Um bêbedo seresteiro não pode ser afastado a disparos de arma de fogo para a defesa do direito à tranquilidade noturna, porque existem inúmeros meios defensivos menos drásticos. E mesmo que faltassem tais meios, o uso de arma de fogo não seria racional, pelo escândalo jurídico que implica a disparidade abissal entre a lesão que se evita e aquela que se causa para evitá-la.

5. Sobre a possibilidade de lesionar a vida para defender a propriedade, discute-se na doutrina europeia à luz do art. 2.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que dispõe que a morte intencional de uma pessoa só é admissível para evitar violência contra outra pessoa.[85] As opiniões estão divididas, embora a maioria dos autores admita o reconhecimento de legítima defesa da propriedade à custa da vida do agressor por entender que a Convenção rege apenas as relações do Estado com seus cidadãos, e não as relações interindividuais,[86] o que circunscreveria aquela regra aos agentes estatais. Outros autores pensam que também aos particulares seria aplicável a regra da Convenção.[87]

6. A Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada ao direito brasileiro desde 1992, determina apenas que "ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente" (art. 4.º, 1.º), dispositivo com alcance evidentemente mais reduzido do que o da Convenção Europeia examinado no tópico anterior. Mas sem dúvida tal dispositivo importa a exclusão do âmbito da legítima defesa dos casos de manifesta irracionalidade, que não dependem de uma consideração abstrata dos bens jurídicos em confronto (o visado pela agressão injusta e o atingido pelo meio defensivo) e sim da magnitude concreta das lesões (a pretendida pelo agressor e a realizada pelo defendente), que não podem ser escandalosamente desequilibradas. Por isso, não se pode afirmar apoditicamente ser inadmissível a legítima defesa da posse ou da propriedade à custa da vida do agressor, especialmente quando a agressão possa expandir-se à integridade física do defendente ou de terceiros, bem como nos casos em que, mesmo sem tal expansão, a magnitude da lesão seja muito elevada em face

84. Fontán Balestra, II, p. 132; Welzel, p. 87.

85. Sobre o tema, Sánchez García, Isabel, em *PJ*, n. 35, 1994, p. 303. Remonta a Locke uma espécie de presunção de que o ladrão iria além do roubo, justificando-se pois sua morte (*Segundo Tratado sobre o Governo*, III, 18).

86. Welzel, p. 86; Jescheck-Weigend, p. 339; Jescheck, em *NJW*, 1954, p. 784; Schwartz – Dreher, 1970, p. 310; Lenckner, Th., em *GA*, 1968, p. 5; Bockelmann, Paul, em *Fest. f. Engisch*, p. 465; Maurach, p. 314; Mezger-Blei, p. 133; Roxin, p. 649; Jakobs, p. 476.

87. *Stratenwerth*, § 440; Baumann-Weber, p. 305.

da posição patrimonial do agredido, levando-o a uma situação crítica que exponha a perigo outros bens jurídicos. *Em princípio, não é racional a morte do agressor para a defesa apenas da propriedade, porém surge certa racionalidade na medida em que a lesão à propriedade esteja acompanhada pelo perigo de lesão a outros bens jurídicos como a integridade corporal, a saúde, a vida ou a liberdade.*

7. Convém, por fim, mencionar a questão da defesa da honra. A rigor de esquadro, somente caberia pensar em legítima defesa da honra no constrangimento físico impeditivo de que o ofensor proferisse ou continuasse a proferir a calúnia, a difamação ou a injúria, ou ainda na destruição física do libelo infamante. Ocorre que, favorecida por nosso escravismo tardio – que pressupõe a subsistência de poder punitivo doméstico, concentrado no senhor – a tradição, que perpassa toda a antiguidade e integrou, embora com disciplinas distintas, o direito romano e o direito germânico, do pai ou do marido matar a filha ou a esposa surpreendida em flagrante adultério foi tratada entre nós como legítima defesa da honra.[88] É evidente que tal solução, frequentemente prestigiada pelos tribunais do júri, é incorreta e desatende ao requisito da racionalidade. Contudo, a existência de inúmeras decisões, especialmente no Brasil profundo, sugeriu a Francisco de Assis Toledo a pesquisa de um erro de proibição indireto no caso de rústicos fortemente determinados por preconceitos machistas.[89] Legítima defesa da honra, contudo, não existe na hipótese.

V. A AGRESSÃO INJUSTA

1. A *agressão injusta* se configura com três elementos: deve tratar-se de uma *conduta humana* que seja *agressiva* e também *antijurídica*. Segundo o primeiro elemento, *não pode haver agressão injusta onde não haja conduta humana.* É inadmissível legítima defesa contra toda afetação de um direito que não provenha de uma conduta humana. Consequentemente, não se admite legítima defesa contra o ataque de animais, cabendo recorrer-se ao estado de necessidade.[90] Ressalva-se o caso em que o animal seja utilizado como instrumento da agressão por um ser humano,

88. Por exemplo, Lemos Sobrinho afirmava que "a existência do flagrante delito é indispensável para justificar o uxoricídio nesta hypothese" (op. cit., p. 71); no mesmo sentido, Rodrigues de Meréje, op. cit., p. 40.

89. Cf. *O erro no direito penal*, p. 110 e ss.

90. Jescheck, p. 271; Welzel, p. 85; Bauman, p. 308; Otto, p. 121; Bockelmann, p. 91; Schultz, I, p. 161; Pannain, p. 733; *Olshausen's Kommertar*, 1927, I, p. 276; Schönke-Schröder, p. 469; Blei, p. 126; Mantovani, p. 235; Bettiol, p. 333; Cousiño MacIver, p. 199; Frederico Marques, *Tratado*, II, p. 113; Mestieri, p. 147; Cláudio Brandão, *Curso*, p. 213; Rogério Greco, I, p. 344; Jacson Zilio, *Legítima defensa*, p. 111-112. Admitem legítima defesa contra animais Jagusch, Heinrich, em *Leipziger Kommentar*, 1957, I, p. 401; Maurach, p. 308; Pagliaro, p. 419; Correia, Eduardo, I, p. 40.

quando sim caberia legítima defesa,[91] dirigida não contra a besta e sim contra quem dela se valeu para a agressão. Contra os golpes de um animal livre, fugido ou abandonado, cabe apenas o estado da necessidade justificante.[92] Essa tese, amplamente majoritária, pode ser questionada a partir da consideração de que os animais tenham direito à vida e, portanto, mesmo quando utilizados por seu proprietário para agredir alguém, caberia considerar que, a respeito deles, também funcionaria o estado de necessidade. Alguns autores sustentam o cabimento da legítima defesa contra a arremetida de animais fundamentados em que não poderia encontrar-se em melhor posição quem é atacado por um homem do que aquele que o é por um animal, já que o primeiro não está limitado mais do que pela racionalidade de sua reação, enquanto a legitimidade da reação do segundo se remete à ponderação entre o direito sacrificado e o direito preservado.[93] Observe-se, contudo, que se a pessoa atacada pelo animal está jungida à dita ponderação, não há nenhuma dúvida de que a vida do ser humano é juridicamente sempre mais valiosa do que a do animal. Por fim, para admitir legítima defesa contra animais seria preciso também admitir serem eles capazes de violar o ordenamento jurídico, que é a razão pela qual se exclui aquela ponderação na legítima defesa.[94] Da mesma forma, também não cabe legítima defesa – e sim estado de necessidade – contra o acometimento de alguém incapaz de vontade, como, por exemplo, aquele que atuou por um mero ato reflexo[95] ou durante surto psicomotor epiléptico ou ainda sob coação física irresistível de origem natural. Para esta última hipótese, pense-se no pedestre que, sobre a calçada, vê-se acometido por um automóvel cujo motorista, pela ruptura da barra de direção, não consegue controlá-lo. Provindo a coação física irresistível de outro homem, poderemos falar de agressão do coator que se vale do corpo do coagido como instrumento: a reação do agredido que incidisse na pessoa do coator configuraria legítima defesa, porém se direcionada à pessoa do coagido nos remeteria ao estado de necessidade. Ao contrário, é possível reconhecer legítima defesa contra o ataque de crianças e inimputáveis,[96] embora levando-se em consideração o requisi-

91. Aníbal Bruno, vol. 1, t. I, p. 362; Heleno Fragoso, *Lições, P.G.*, p. 192; Núñez, I, p. 347; Soler, I, p. 348; Bockelmann, p. 91; Schultz, I, p. 162.

92. Luzón Peña, *Aspectos esenciales*, p. 331-332.

93. Cf. Jagusch, loc. cit. (nota 90); Frank, *StGB*, p. 371; Malamud Goti, *La estructura penal de la culpa*, p. 55.

94. Luzón Peña, *Aspectos esenciales*, p. 327.

95. Mayer, M. E., 1915, p. 278; Fontán Balestra, II, p. 136.

96. Bettiol, p. 334; Jescheck, p. 277; Núñez, I, p. 346; Soler, I, p. 348; Castellanos Tena, F., *Lineamientos*, p. 202; Heleno Fragoso, *Lições, P.G.*, p. 192; Anibal Brauno, vol. 1, t. I, p. 362; Miguel Reale Júnior, *Direito penal*, vol. 1, p. 156; João Mestieri, *Manual*, p. 148; Cláudio Brandão, *Curso*, p. 214. Outra opinião, Schmidhäuser, p. 270; do mesmo, em *Fest. f. Honig*,

to de racionalidade como limite da necessidade, estreitando-se nesses casos o âmbito do tipo permissivo.[97] Fora das teses objetivistas, que fundamentam a legítima defesa na confirmação do direito, não cabe descartar a legítima defesa contra crianças e inimputáveis, capazes sim de conduta agressiva antijurídica (= agressão injusta), ainda que escusável.

2. A *conduta humana* deve ser *agressiva*. A palavra *agressão* denota uma direção da vontade para produzir uma lesão. Em português, agredir é "atacar, assaltar, acometer, injuriar, insultar, bater em (alguém), surrar, espancar",[98] acepções compatíveis com suas raízes latina (*aggredior, eris, aggredi, aggressus sum*, com o sentido de ir contra alguém) e indo-europeia (*Ghredh*, andar, marchar, claramente vinculada à *Angriff* alemã[99]). Tendo em conta que a agressão injusta supõe uma *vontade agressiva*, cabe excluir de seu âmbito condutas que sejam apenas culposas (às quais falta por definição a vontade agressiva[100]). A opinião doutrinária generalizada, que sustenta sem restrição o cabimento de legítima defesa contra uma conduta culposa[101] é inconvincente. Quando um sujeito não percebe o perigo que causa sua conduta imprudente não existe agressão (à míngua de *vontade agressiva*) a ser *repelida* (art. 25 do CP), e a remoção do perigo causado deve subordinar-se ao modelo do estado de necessidade. Quando, porém, ele percebe – *motu proprio* ou por alheia advertência – o perigo que sua conduta imprudente está causando, e não obstante insiste nela, poderemos reconhecer a *vontade agressiva* dirigida à periclitação de bens jurídicos defensáveis, porque então já será também reconhecível o dolo eventual, fronteiriço da culpa consciente temerária.[102]

3. Quem – apesar de advertido pelo carona sobre os riscos – insiste em dirigir atabalhoadamente, violando as normas de trânsito, agride voluntariamente a liber-

---

p. 193 e ss.; Bertel, Ch., em *ZStW* 84, 1972, p. 1-36; Roxin, p. 617 e Freund, Georg, *Strafrecht*, p. 77.

97. Nélson Hungria, que retificando opinião anterior, calcada em Manzini, resolve esses casos como estado de necessidade, recomenda a "*retirada* do periclitante" (op. cit., p. 296). Juarez Cirino dos Santos, na esteira de Roxin, admite a legítima defesa desde que temperada por algumas regras prudenciais: tentar o agredido desviar a agressão, empregar meios defensivos pouco danosos, pedir socorro a pais, professores ou mesmo à polícia etc (op. cit., p. 236).

98. Cf. Aurélio, cf. Houaiss.

99. Roberts-Pastor, p. 66.

100. Cf. Luzón Peña, p. 590; Álvaro Mayrink da Costa, *Direito penal*, vol. 2, p. 1104.

101. Hungria, *Comentários*, I, II, p. 293; Juarez Cirino dos Santos, *Direito penal*, p. 230; Marcello Jardim Linhares, op. cit., p. 295; Welzel, p. 84; Schaffstein, F., em *MDR*, 1952, p. 136; Jakobs, p. 466; Jescheck-Weigend, p. 355; Bacigalupo, p. 259; Bustos Ramírez, p. 318.

102. Cf. v. 2, t. I, p. 317 e ss.

dade de seu acompanhante e, portanto, caso não atenda ao pedido deste para que detenha o veículo e lhe permita sair dele, a ameaça com uma arma para sair do carro estará justificada por legítima defesa.[103] Diversa é a situação de quem não consegue controlar as consequências de uma conduta imprudente. Contra quem, sem saber cavalgar, monta um ginete que lhe toma as rédeas e dispara caoticamente não cabe legítima defesa, pois por mais que esteja advertido dos riscos nada pode fazer para evitá-los. Aqui não se pode falar de agressão, porque a afetação do bem jurídico alheio não provém de uma vontade agressiva. É razoável que a solução, aqui, se desloque para o estado de necessidade: não se justificaria que, para proteger o jardim dos estragos do cavalo indômito, o proprietário atirasse contra o animal (e menos ainda sobre o desastrado cavaleiro). Nessa linha de raciocínio, não existe agressão quando alguém atua em erro, vencível ou invencível, desde que exclua o sentido agressivo da conduta.[104]

4. Costuma-se admitir a possibilidade de agressão mediante omissão, particularmente a imprópria,[105] embora nada impeça conceber uma agressão mediante omissão própria. O salva-vidas que, consciente de que o banhista está se afogando, permanece inerte dispondo de todas as condições físicas para efetuar o salvamento está agredindo por omissão, e quem concitá-lo ao cumprimento do dever com o argumento de uma arma de fogo atua em legítima defesa de terceiro. Pode-se facilmente formular um exemplo similar no âmbito da omissão própria, a partir de alguém que, defrontando-se com a situação típica (pense-se na "criança extraviada" da omissão de socorro, art. 135 do CP) e mantendo-se relutante em prestar o auxílio devido, seja igualmente constrangido a fazê-lo.

5. A justificativa da legítima defesa tem que ser ativada por uma *agressão injusta*, ou seja, por uma *conduta humana* conduzida por *vontade agressiva* que seja também *antijurídica*,[106] isto é, que afete bens jurídicos sem direito de fazê-lo. Exatamente por este requisito é inadmissível legítima defesa contra qualquer conduta, ainda que conduzida por vontade agressiva, porém que seja conforme ao dever jurídico ou que ocorra dentro do campo da juridicidade. Não cabe, pois, legítima defesa contra aquele que atua em legítima defesa[107] nem contra aquele que atua sob estado

103. Cf. Luzón Peña, op. cit., p. 178-194.

104. Maggiore, I, p. 408; Antolisei, p. 228; Pagliaro, p. 419, sustentam que se trata de uma agressão injusta; nega-o para o caso de erro psiquicamente condicionado, Pannain, p. 734.

105. Hippel, II, p. 204; Welzel, p. 84; Jescheck-Weigend, p. 341; Mantovani, Ferrando, p. 235; Cousiño MacIver, p. 246; Anibal Bruno, vol. 1, t. I, p. 361; Paulo Queiroz, *Direito penal*, 7. ed., p. 297. Entre nós, não admite agressão omissiva Luiz Regis Prado, *Curso*, vol. 1, p. 447.

106. Welzel, p. 84; Stratenwerth, p. 136; Jescheck-Weigend, p. 341.

107. Jescheck-Weigend, p. 341.

de necessidade e tampouco contra quem exerce regularmente seu direito ou cumpre um dever. Como já mencionado, no entanto, deve admitir-se legítima defesa contra toda agressão injusta (= antijurídica) ainda que não seja típica, uma vez que a ilicitude pode originar-se de qualquer ramo do ordenamento jurídico.[108]

6. Caberia legítima defesa contra uma tentativa inidônea (art. 17 do CP), quando não existe objetivamente a possibilidade de afetação do bem jurídico visado? A resposta negativa está circunscrita ao caso em que a vítima da tentativa inidônea conheça segura e tranquilamente a ineficácia absoluta da "agressão" e nenhum outro direito seu esteja sendo colateralmente atingido; fora desse caso extremo, a legítima defesa seria cabível. Os bens jurídicos ou direitos a considerar não são apenas aqueles tratados pelas leis penais, mas abarcam todos os direitos reconhecidos cuja afetação não se traduz necessariamente num tipo penal (o direito de preferência, direitos trabalhistas, o direito de não ser molestado etc.).[109] Existem muitas situações nas quais direitos são afetados, porém cuja lesividade não se converteu em proibição penal, dado o caráter fragmentário dessa legislação. Por isso, na tentativa inidônea – como também em certos crimes putativos ou imaginários – poderemos encontrar afetados outros bens jurídicos distintos daquele visado pelo agressor. Ninguém está obrigado a suportar que seu vizinho queira matá-lo injetando à sorrelfa água destilada na caixa d'água de sua casa, porque embora sua vida esteja imune à agressão, outros direitos seus estão evidentemente sendo agredidos. A hipótese de legítima defesa contra tentativa inidônea pode atrair problemas de erro de proibição indireto (art. 20, § 1.°, do CP) e de excesso (art. 23, par. ún., do CP).

7. Sustenta-se que *agressão injusta* não seria sinônimo perfeito de *agressão antijurídica*, mas sim que a injustiça da agressão deveria ser valorada, do ponto de vista do agredido, como um direito a manter o *statu quo ante*, o que se basearia no mencionado argumento de que alguém atacado por um macaco estaria mais limitado em sua reação do que outrem atacado por um homem, tanto quanto quem se defendesse da investida de uma pessoa atuando em erro de tipo invencível.[110] Afirma-se também que não se pode tolerar a conduta lesiva de ninguém, mesmo quando não viole nenhum dever de cuidado, como sucederia com a mãe que derruba de sua bicicleta, ferindo-o, o ciclista que estava a ponto de atropelar sua pequena filha, subitamente saída de uma sebe, e que houvera sido informado pelo zelador do par-

108. Fontán Balestra, II, p. 138; Soler, I, p. 348; Jescheck-Weigend, loc. cit.; Cousiño MacIver, II, p. 252; Brito Alves, p. 562. Sobre a desnecessidade de ser típica a agressão, Cezar Bitencourt, *Tratado*, vol. 1, p. 374.

109. Outra formulação em Gimbernat Ordeig, E., em *CDJP*, ano V, n. 9, p. 328.

110. Malamud Goti, *La estrutura penal...* p. 55.

que de que nele não se encontrava qualquer pessoa.[111] Essa tese remonta a Binding, que concebia a agressão antijurídica como aquela que o agredido não tem porque suportar; como no caso do soldado que poderia legitimamente defender-se do soldado inimigo, embora este atuasse conforme a seu direito ao atacá-lo, ou no caso da libertação violenta de um alemão reduzido a escravidão num país com legislação escravista.[112] Não se pode adotar esta subjetivação passiva da defesa, que nos faria tomar por agressão o que não é conduta ou que, sendo conduta, não é contrária ao direito. Parece perfeitamente razoável que quem se defende de uma ação afrontosa subjetivamente atípica por erro disponha de uma reação mais restrita do que quem se defende de uma ação afrontosa intencional, até porque a mera advertência sobre o erro interromperia a "agressão". De outro lado, a mãe que para preservar a integridade física da filhinha lesiona a do ciclista está agindo em estado de necessidade e não em legítima defesa de terceiro, à míngua de uma verdadeira agressão. O que fundamenta o amplo arco flexibilizador da proporcionalidade na legítima defesa é precisamente o fato de opor-se ela a uma conduta antijurídica voluntariamente lesiva (agressão). É lógico que quando o *statu quo ante* é afetado por uma conduta que não seja antijurídica as possibilidades defensivas são mais restritas do que aquelas que tocam ao agredido antijuridicamente. Contra a afirmação de que a agressão seria injusta simplesmente quando quem a sofre não tem obrigação de suportá-la observa-se, com razão, que se incide com ela num círculo vicioso, já que não tem obrigação de suportar a agressão quem... é injustamente (= antijuridicamente) agredido.[113]

8. Não cabe legítima defesa contra condutas legais dos funcionários públicos, ainda que materialmente injustas (como no caso recorrente de prisões provisórias claramente desnecessárias, mas decretadas com invocação, embora inadequada, das autorizações legais). Contudo, condutas ilegais de funcionários públicos não obrigam o cidadão, que só deve obediência às *ordens legais* do funcionário (cf. art. 330 do CP) e que pode opor-se à execução de *atos ilegais* do funcionário (cf. art. 329 do CP). A forma prescrita em lei integra o juízo sobre a legalidade da ordem ou do ato. Assim, contra a prisão preventiva decretada verbalmente por um juiz caberia legítima defesa, já que no direito processual penal brasileiro a prisão preventiva deve obrigatoriamente ter forma escrita. Atente-se para que, nesses casos, se a execução da ordem toca a outro funcionário que a supõe lícita (o juiz determina a um policial o arrombamento da casa do réu para uma diligência de busca de cujos frutos pretende beneficiar-se pessoalmente) a legítima defesa caberia contra o autor

111. Idem, p. 54; mais amplamente em *Legítima defensa y...* p. 22-23.

112. Binding, *Handbuch*, 1885, p. 740, nota 31.

113. Cf. Luzón Peña, op. cit., p. 206.

mediato (o juiz indigno), e contra o instrumento (o policial executor da ordem) disporia o réu do estado de necessidade.[114] Mas quando a ilegalidade da ordem seja manifesta, como a determinação ao subordinado para que torture o sujeito, cabe legítima defesa contra o executor, que não poderia invocar erro nem está cumprindo qualquer dever jurídico.

9. Houve quem sustentasse que a antijuridicidade da conduta do funcionário se determinaria desde o ponto de vista do afetado por ela,[115] o que foi com razão criticado.[116] O funcionário público, no Estado de direito, é funcionário da Constituição e das leis, e sempre que atuar no marco de suas atribuições e no cumprimento de seus deveres – que incluem a obrigação de desobedecer à ordem "manifestamente ilegal" (cf. art. 22 do CP) – sua conduta não poderá ser considerada antijurídica, e pois não constituirá uma agressão injusta que habilite legítima defesa. Afetação de direitos que eventualmente sofram os particulares estarão, nessa situação, dentro do marco de restrições ao exercício de direitos estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, com base nas próprias leis que regulamentam tal exercício. Assim, quando um policial detém um cidadão por motivos reais e razoáveis (p. ex.: por estar convicto da existência de um mandado de prisão contra ele) sua conduta não é antijurídica, ainda que se trate de um homônimo ou de um sósia do foragido. Mas quando tal detenção é puramente arbitrária ou, pior ainda, motivada por razões pessoais, o cabimento da legítima defesa é inquestionável: o abuso de autoridade exprime uma agressão injusta, cujas modalidades dispõem de previsão legislativa.[117] O erro judiciário, precisamente por tratar-se de erro, não pode ser tomado como agressão, a despeito de injusto.

VI. LIMITES DA REAÇÃO DEFENSIVA

1. A reação defensiva só é legítima quando dirigida ao agressor. Por isso, não há legítima defesa quando a reação defensiva atinge terceiros, como aquela que alcança um inimputável de quem se vale como instrumento o agressor. Os terceiros, estranhos ao conflito, atingidos pela reação defensiva (desde que não abrangidos pelo estado de necessidade justificante do defendente em relação a bens desses terceiros) poderão defender-se legitimamente daquela agressão para eles injusta, cujo agressor – há pouco defendente – atua antijuridicamente, ainda que frequentemen-

114. Cf. Roxin, em *CDJP*, ano 4, n. 8, A, p. 20.

115. Assim Binding, *Handbuch*, p. 740; Jagusch, em *Leipziger Kommentar*, I, p. 406; Frank, *StGB*, 1920, p. 192.

116. Welzel, p. 85.

117. Lei 4.898, de 09.12.1965, especialmente arts. 3.º e 4.º.

te sem culpabilidade.[118] Opiniões em sentido contrário[119] desconsideram que não pode haver legítima defesa contra alguém alheio à agressão, já que ele não realiza uma agressão injusta. Quem não realizou qualquer conduta antijurídica não pode ser lesionado apenas porque outrem estava agredindo alguém, com a única ressalva de que tal lesão fosse necessária para evitar um mal maior. Seria inconcebível que o ordenamento jurídico impedisse que o *extraneus* ao conflito se defendesse legitimamente de uma agressão apenas porque esta agressão representa uma defesa contra outra agressão, não empreendida por ele e com a qual nada tem a ver. Assim, o policial que executa uma ordem ilegal promanada de um juiz competente, desconhecendo sua ilegalidade, pode defender-se legitimamente se o jurisdicionado vítima do abuso judicial ofender algum direito seu para além dos limites do estado de necessidade. Mas se o jurisdicionado vítima mantiver-se no marco da proporcionalidade do estado de necessidade, como, por exemplo, na resistência passiva,[120] não caberia legítima defesa do policial. O policial que executa a ordem ilegal, desconhecendo, contudo, sua ilegalidade, atua antijuridicamente quando, convencido de que se defende legitimamente, lesiona direitos da vítima do abuso judicial que permaneceu nos limites do estado de necessidade: ou seja, o policial atua antijuridicamente, porém inculpavelmente, já que se encontra no erro indireto de proibição previsto no § 1.º do art. 20 do CP.

2. É claro que existem casos nos quais a legítima defesa exercida contra o agressor produz danos também justificados em bens jurídicos de terceiros. Em tais casos, no entanto, o que se passa é um *concurso de causas de justificação*: a lesão a direitos do agressor está justificada pela legítima defesa, e a lesão a direitos de terceiros estranhos ao conflito está justificada pelo estado de necessidade. Quando, para defender-se de uma agressão a sua vida, o sujeito arranca a hástea de uma cerca,[121] o crime de dano contra a propriedade alheia (art. 163 do CP) estará justificado não por legítima defesa e sim por estado de necessidade; mas por estar justificado, o proprietário da cerca não dispõe de legítima defesa contra o sujeito que, para defender-se da agressão a sua vida, arrancou e inutilizou-lhe o mourão. O desvio de golpe defensivo

118. Cf. Welzel, p. 87; Hungria afirmava ser condição objetiva da legítima defesa "que a repulsa seja exercida contra o injusto agressor" (*Comentários*, vol. I, t. II, p. 297). Uma fonte antiga dessa opinião em conhecido fragmento de Paulo: "mas se, defendendo-me arremessei uma pedra em meu agressor (*adversarium*) porém atingi um passante ao invés dele (*sed non eum, sed praetereuntem percussero*) estarei jungido à Lei Aquília" (D. IX, II, 45 [46], § 4.º).

119. Frank, op. cit., § 53, II; Fontán Balestra, II, p. 131. Para Roque de Brito Alves, "permanece a justificativa quando o agredido atinge inocente que nada tinha a ver com a agressão" (*Direito penal*, 6. ed., p. 521).

120. Cf. art. 329 CP; cf. Fragoso, *Lições, P.E.*, vol. 2, p. 471.

121. Exemplo de Stratenwerth, p. 136.

deve ser resolvido com observância desses princípios. Pense-se no caso de quem se defende legitimamente de uma agressão a tiros valendo-se também de uma arma de fogo, ferindo por *aberratio ictus* a um terceiro estranho ao conflito. A solução deve aqui ser remetida à culpabilidade, porque não há como contornar o absurdo em que consiste dar-se por conforme ao direito a conduta de ferir ou matar um terceiro estranho ao conflito no qual se deu a agressão injusta.[122]

3. Quanto aos *limites temporais da ação defensiva*, nossa lei autoriza a reação contra injusta agressão *atual ou iminente* (art. 25 do CP). A situação de defesa, portanto, estende-se desde que surge uma ameaça imediata ao bem jurídico até que cesse a atividade lesiva ou a possibilidade de retrogredir ou neutralizar seus efeitos.[123] Em passagem saborosa, afirmou-se nas Partidas que o agredido "não há de esperar que o outro o fira primeiramente, porque poderia acontecer que pelo primeiro golpe que lhe desse poderia morrer aquele que fosse acometido e depois não se poderia amparar".[124] Embora a agressão injusta não tenha que ser necessariamente típica, quando o for não devem os extremos de legitimidade temporal da defesa ser identificados com a tentativa e a consumação do respectivo tipo legal, porque pode haver legítima defesa não só contra atos preparatórios (sem que haja ato de execução) como também após a consumação.[125] Defende legitimamente seu patrimônio o proprietário de um automóvel que o recupera pela força de quem o furtara dois dias antes, se o encontra casualmente e não dispõe de outro meio para retomá-lo, embora a doutrina busque deslocar o fundamento justificativo da legítima defesa para uma chamada "atuação *pro magistratu*",[126] denominada às vezes "direito à autotutela"[127] ou ainda exercício de poder delegado".[128] Nossa opinião considera que a legítima defesa não tem por objetivo evitar o cometimento de delitos e sim preservar direitos protegendo bens jurídicos, parecendo óbvio que a agressão subsiste quando, a despeito de já estar afetado o bem jurídico, uma reação defensiva puder ainda neutralizar, mesmo parcialmente, seus efeitos.[129]

---

122. Para a casuística da combinação entre legítima defesa e *aberratio ictus*, cf. as nove hipóteses formuladas por Silvano Fontana, Raúl José, *Legítima defensa y lesión de bienes de terceros*, p. 69 e ss. Para os problemas que a legítima defesa oferece no delito da rixa (art. 137 do CP), cf. Célio de Melo Almada, op. cit., p. 175 ss.
123. Mais limitadamente, Jakobs, p. 468; com a tese do esgotamento material, Roxin, p. 621.
124. *Setena partida*, VIII, 2.
125. Welzel, p. 84; Stratenwerth, p. 136; Jescheck-Weigend, p. 344.
126. Jescheck-Weigend, p. 397.
127. Roxin, p. 750.
128. Jakobs, p. 556.
129. Brito Alves, p. 566; Jescheck-Weigend, p. 344.

4. Quanto à legítima defesa contra atos preparatórios, que erroneamente foi chamada de legítima defesa antecipada, nossa lei autoriza o defendente a repelir "injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem" (art. 25 do CP). Uma agressão *iminente* é uma agressão ainda não realizada, embora prestes a realizar-se: mas, se a agressão coincidir com um tipo legal, o indicador de sua iminência não está na transição dos atos preparatórios para os atos de execução da agressão típica. É possível legítima defesa desde que o agressor torne manifesta, por palavras ou atos, sua vontade de agredir tendo à sua disposição meios idôneos para fazê-lo. O decisivo é a iminência de um perigo imediato para o bem jurídico titularizado pelo agredido. Argumenta-se, às vezes, que a agressão iminente já implica, em si mesma, uma lesão à tranquilidade do defendente, introduzindo sempre, por essa perspectiva, uma agressão na verdade atual. O discutido caso dos registros de imagens e sons efetuados sub-repticiamente com o propósito de extorquir não apresenta nenhuma característica de legítima defesa antecipada e, a rigor, nem mesmo de legítima defesa; portanto, se a futura vítima de extorsão se apodera dos registros e os destrói quando ainda não foi tentada a extorsão, atuará em legítima defesa.

5. Por agressão iminente, portanto, entende-se a exigência de um sinal de perigo imediato para o bem jurídico,[130] a "presença concreta do perigo".[131] Não seria correto identificar a iminência com a proximidade cronológica entre agressão e defesa. A agressão é iminente quando susceptível de perceber-se como manifesta ameaça, cuja realização depende tão só da deliberação do agressor. Quando um sujeito saca sua arma, pouco importa que demore dois segundos ou duas horas para disparar;[132] assim também pouco importa o momento em que o extorsionário decida executar seu plano, quando com evidente intenção de extorquir se proveio sub-repticiamente de registros íntimos da vítima. Esses casos permitem compreender que a agressão iminente não precisa ser cronologicamente imediata.

VII. LEGÍTIMA DEFESA E PROVOCAÇÃO

1. Nosso Código Criminal de 1830 exigia, para a justificação do crime praticado em legítima defesa, "não ter havido da parte" do defendente "provocação ou delicto que occasionasse o conflicto" (art. 14, 3.º, 3.º).[133] É difícil determinar a origem

130. Cf. Jescheck-Weigend, loc. cit.; em sentido análogo, Brito Alves, p. 567 e Costa e Silva, *Commentarios*, p. 133.

131. Hungria, *Comentários*, I, II, p. 288.

132. Blasco Fernández de Moreda, Francisco, em LL, 1964.

133. Sua revisão, da qual resultaria, nosso Código Penal de 1890, exigiria "ausência de provocação que occasionasse a aggressão" (art. 34, 4.º).

desse dispositivo,[134] no qual pulsam vestígios do *versari in re illicita*,[135] do aproveitamento da *moderação* preconizada pelo direito canônico[136] e de certa casuística que problematizava a legitimidade da defesa (como a morte do marido pelo comborço surpreendido em adultério e algumas situações na rixa). Por visível influência de nosso Código imperial, a "falta de provocación suficiente del que se defiende" chegou ao Código Penal espanhol de 1848,[137] e dele chegaria a inúmeras legislações latino-americanas. Asúa frisava ser tal condição negativa da legítima defesa "típica das leis espanholas e dos Códigos que a seguiram".[138] Há, contudo, uma alta probabilidade de que essa questão jurídico-penal hispânica tenha germinado de uma semente brasileira.

2. Sempre se entendeu, na doutrina brasileira, que a provocação impeditiva do exercício da legítima defesa era aquela que configurasse uma autêntica agressão injusta. Em artigo de 1885, Lucio de Mendonça afirmava que "a provocação que exclui o direito de legítima defesa é só a provocação tal que dê esse mesmo direito ao provocado".[139] Galdino Siqueira, trabalhando com o Código Penal de 1890, também assentava que não é "toda provocação que pode tirar o caracter de injustiça da

134. As "bases" de José Clemente Pereira (cf. vol. 1, p. 428 – § 18, II, 4) simplesmente não contemplavam a legítima defesa. O projeto de Bernardo Pereira de Vasconcellos, sim, integrava a legítima defesa com a inexistência de "provocação ou delito" dos defendentes que os "reduzisse a tais extremos" (art. 14, 3.°). Das fontes que influenciaram Vasconcellos (cf. vol. 1, p. 430 e ss. – § 18, II, 5) duas tratavam da provocação. Mello Freire registrava como requisito da defesa dirigir-se ela contra uma "agressão injusta e inesperada (*improvisam*)" (*Institutionum*, p. 121), e seu projeto previa o castigo, com mitigada pena extraordinária, de quem "matar sendo provocado, e sendo a provocação verdadeira, e não procurada nem affectada, como às vezes acontece" (*Ensaio*, p. 122). Nem a agressão provocada é inesperada, nem o homicídio de ímpeto mereceria o tratamento mais benigno quando a provocação fosse artificiosa. A provocação violenta ("provoqués par des coups ou violences graves") do Código Napoleônico (art. 321), na linha de dispositivo do Código Penal de 1791 (tít. II, I, art. 9.°) ampliado pelo Código de 3 do brumário do ano IV (art. 646), foi certamente também consultada por Vasconcellos.

135. Visível no comentário clássico de Pacheco: "Yo soy la primera causa de todo, yo no soy inculpable: mi defensa tiene un principio manchado y bastardo" (*El Código Penal*, p. 176).

136. Como notou Carrara, *Programma*, § 297, nota 1, *in fine*.

137. O Código espanhol de 1922 não previa tal elemento.

138. *Tratado*, t. IV, p. 233. A partir do excesso escusável na legítima defesa e do homicídio de ímpeto privilegiado no direito alemão (respectivamente §§ 33 e 213 StGB) a questão da provocação é construída em outras bases: cf. Jakobs, p. 484 ss.

139. Interpretação do art. 14, § 3.°, do Código Criminal, em *O Direito*, vol. 39, ano XIV, 1886, p. 192.

agressão, mas é necessário que seja relevante suficiente para determinar a repulsa material"[140] – repulsa esta que pressupõe uma agressão.

3. O conceito legal de legítima defesa, no direito penal brasileiro de hoje (art. 25 do CP), dispensou aquele elemento negativo (falta de provocação) dos diplomas anteriores. Podemos sim equacionar o problema em dois grandes grupos de casos. No primeiro deles a provocação constitui na verdade uma agressão – mesmo à honra, à liberdade individual ou à privacidade – do provocado, que dispõe assim de legítima defesa contra o provocador (na verdade agressor). Frequentemente surgirão aqui controvérsias sobre *excesso*, a serem resolvidas pelos critérios gerais. Mas o provocador não disporá de legítima defesa precisamente porque quem estará atuando justificadamente é o provocado, cuja oportuna defesa não se molda, portanto, ao figurino da agressão injusta. A *provocação agressiva* não oferece dificuldades. No segundo grupo de casos a provocação é pré-ordenadamente desferida para excitar a reação do provocado, estando o provocador premunido dos meios para, aos primeiros sinais da esperada reação, ferir ou matar o provocado a pretexto de dele defender-se.[141] Esta seria a *provocação maliciosa*. É evidente que não se pode aqui reconhecer a presença do elemento central da legítima defesa, isto é, da própria agressão. Na provocação maliciosa o provocador detém o controle de todo o acontecimento: não há, na verdade, um conflito, e sim uma cilada, na qual o provocado se precipitará sem dar-se conta do iminente aniquilamento de seu(s) direito(s). Rigorosamente, o que temos aí é o homicídio qualificado aleivoso (art. 121, § 2.°, IV, do CP) do provocado. No direito penal brasileiro de hoje, as únicas funções que a pura provocação exerce são as de atenuante genérica (art. 65, III, *c*, do CP) e de minorante especial (p. ex., art. 121, § 1.°, do CP). Tão logo editado nosso Código Penal de 1940, a jurisprudência pacificou a questão.[142]

---

140. *Direito penal brazileiro*, vol. 1, p. 445. A jurisprudência por vezes distinguia entre a *provocação imediata*, à qual se seguiria *sine intervallo* a agressão do provocado, e a *provocação remota*, que teria ocorrido temporalmente "em ocasião mais ou menos afastada daquela na qual se verifica a aggressão", em nada influindo a segunda sobre a legítima defesa (Corte de Appellação do Estado de Pernambuco, Ap. 23.542, rel. Des. Lacerda de Almeida, 11.12.1933, *RF* XXXIII/411 ss.).

141. Hungria menciona alguém que "astuciosamente provoca outrem para, prevendo uma reação excessiva, proporcionar-se uma aparente situação de legítima defesa" (*Comentários*, I, II, p. 297).

142. "Não pode ser considerado em legítima defesa quem comete o crime em face de provocação da vítima. Provocação não é agressão. O que se pode reconhecer nesse caso é a violenta emoção injustamente provocada." (TApDF, Ap. 6.172, rel. Des. Nelson Hungria, 05.02.1945, *RF* XLII/527).

VIII. A DEFESA DO ESTADO

1. Por traduzir uma defesa da liberdade geral – seja de um direito individual, seja de um direito exercido por uma pessoa jurídica – qualquer bem jurídico é legitimamente defensável, nos limites legalmente enunciados. Portanto, não há razão alguma para excluir o Estado do âmbito da legítima defesa. O Estado é uma pessoa jurídica de direito público e, nessa condição, pode ser legitimamente defendido por um terceiro: ninguém duvida da possibilidade de defender seus bens, quando de bens individuais se trate.[143] Tampouco existem dúvidas sobre a possibilidade de legítima defesa da própria existência do Estado diante de iminente ameaça externa, como, por exemplo, a invasão de potência estrangeira. O exercício desse direito não está em nada vinculado ao dever de serviço militar (art. 143 da CR); o militar que se opõe à invasão está no estrito cumprimento de dever legal que provoca a atipicidade conglobante da conduta de ferir ou matar o invasor, segundo a regulamentação própria do direito penal militar (especialmente em tempo de guerra).

2. Essas hipóteses devem ser distinguidas com clareza da defesa do Estado como ordenamento jurídico.[144] Admitir que particulares possam agir em legítima defesa do ordenamento jurídico é consequência necessária das teses objetivistas.[145] Em sentido contrário, há quem sustente que a defesa do ordenamento jurídico só pode ser exercida por órgãos do Estado e não por particulares.[146] A rigor, as posições objetivistas imprimem à legítima defesa um arco de extensão intolerável, que termina na desarticulação do mesmo ordenamento jurídico que aspiraria a defender, estimulando o surgimento de milícias (guardiães da ordem). Desde o subjetivismo, não há razão para negar a legítima defesa do ordenamento jurídico sempre que racionalmente demarcada: o ordenamento jurídico é defensável quando a lesão que sofre provém de agressão injusta que simultaneamente lesiona um bem jurídico individual.[147] Nessa perspectiva seria admissível legítima defesa do ordenamento jurídico diante de quem dirige embriagado expondo a perigo a vida de terceiros, porém já não seria admissível diante do pedestre que atravessa a rua violando o sinal luminoso de "pare". Admitir legítima defesa neste último caso implica cancelar os órgãos estatais e substituí-los por particulares, em situações caracterizadas não por uma agressão injusta e sim por mera desobediência contravencional-administrativa.

---

143. Jescheck-Weigend, p. 339; Samson, em Rudolphi et al., *StGB Kommentar*, p. 256.

144. Fernández de Moreda, Francisco Blasco, em *Enc. Jur. Omeba*, XVIII, p. 133 ss.

145. Cf. Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, em *Hom. al R.P. Julian Pereda, SJ*, p. 249 e ss.; Novoa Monreal, I, p. 354.

146. Samson, loc. cit.; em casos de terrorismo, Bunster, Alvaro, *Escritos de derecho penal y política criminal*, p. 143.

147. Cf. Roxin, p. 625.

3. *A defesa da ordem institucional e do regime democrático* tampouco é admissível em qualquer medida, pois todo mundo poderia erigir-se em defensor diante dos que simplesmente propugnem reformas ou professem ideologias contrárias aos princípios pétreos daquela ordem e daquele regime, ressalvada "a ação de grupos armados (...) contra a ordem constitucional e o Estado Democrático", ou seja, o golpe de Estado que a Constituição quis criminalizar (art. 5.°, inc. XLIV). Neste caso extremo, quando grupos armados – civis ou militares – assaltam o poder e desvirtuam o modelo constitucional democrático, caberá legítima defesa contra qualquer agressão à vida, à integridade corporal, à liberdade e ao patrimônio dos cidadãos. Outras atividades de enfrentamento do governo de fato ilegitimamente instaurado (organização popular, reuniões, panfletos, marchas, convocações etc.) estarão justificadas pelo direito de resistência[148] que é plausível deduzir de nossa Carta Magna.[149]

IX. LEGÍTIMA DEFESA PRESUMIDA?

1. Antiga tradição jurídica justificava o homicídio, pelo morador, do ladrão noturno.[150] Essa tradição, perfilhada por muitas legislações modernas, entre as quais o *Code* napoleônico (art. 329, 1.°), chegou ao nosso Código Criminal de 1830 (art. 14, § 4.°, *in fine*) e dele passou ao Código Penal de 1890 (art. 35, § 1.°). Um olhar crítico já era lançado sobre tal dispositivo por Vieira de Araújo, que nele vislumbrava um "resíduo desse *jus necis*"[151] que era a dura verdade daquela faculdade: um condicionado direito de matar. A incompatibilidade das presunções *iuris et de iure* com os princípios do direito penal levaria ao abandono do dispositivo pelo Código

148. Cf. Locke, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*, cap. XVIII; cf. Feuerbach, Paul J. Anselm Ritter von, Anti-Hobbes ou *Sobre os limites do poder supremo e o direito de coação do cidadão contra o soberano*, trad. L. Brond, B. Aires, 2010, ed. Hammurabi, esp. cap. VI; Longhi, Silvio, *La legittimità della resistenza agli atti dell'autorità nel diritto penale*, p. 47; García Cotarelo, Ramón, *Resistencia y desobediencia civil*, p. 156; Passerin d'Entrèves, Alessandro, *Obbedienza e resistenza in una società democratica*; Arendt, Hannah, *La disobbedienza civile*.

149. Machado de Araújo, Cláudia de Resende, *O direito constitucional de resistência*; Buzanello, José Carlos, *Direito de resistência constitucional*; Machado Paupério, A., *O direito político de resistência*. Cf. Eide, A. et al., *Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos*.

150. Por exemplo, a lei das XII Tábuas afirmava explicitamente a juridicidade desse homicídio ("si nox furtum faxit, si eum occisit, jure caesus esto" – T. VIII, inc. XII). Também a lei das Sete Partidas justificava (ao lado da morte dada ao estuprador de filha, irmã ou esposa surpreendido) quem encontrasse "algun ladron de noche en su casa" e, querendo-o "prender para darlo a la justicia del lugar, el ladron se amparasse con armas" (*Setena Partida*, tít. VIII, lei III).

151. *Codigo Criminal Brasileiro*, p. 274.

Penal de 1940. Esta é, portanto, uma questão histórica no direito penal brasileiro, para o qual todo e qualquer caso de legítima defesa deve hoje atender cabalmente aos requisitos legais.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Legítima defesa, de Fernando de Almeida Pedroso – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/1215-1252 (DTR\2012\1617);
- Legítima defesa: necessidade e moderação dos meios; englobamento ou separação dos quesitos; reconhecimento ou negativa da excludente, de Luiz Vidal da Fonseca – *RT* 768/479-488 (DTR\1999\491);
- O fundamento da legítima defesa, de Bruno Moura – *RBCCrim* 98/39-95 (DTR\2012\450720); e
- Questionário da legítima defesa, de Gastão de Moura Maia Filho – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 4/169-175 (DTR\2012\450219).

A AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO ENTRE A ESPÉCIE DE FLAGRANTE E O CRIME IMPOSSÍVEL

LACK OF CONNECTION BETWEEN THE TYPE OF FLAGRANTE DELICTO AND IMPOSSIBLE CRIME

GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA

Mestre e Doutor em Direito Penal pela PUC-SP. Professor na Faculdade de Direito e da Pós-Graduação da PUC-SP. Defensor Público em São Paulo.
gjunq@terra.com.br

OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES

Doutor em Psicologia Clínica pela PUC-SP. Livre-docente em Direito Penal pela PUC-SP. Professor Titular na PUC-SP. Procurador de Justiça aposentado. Advogado.
ohduek@terra.com.br

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente estudo trata da relação entre o crime impossível e a espécie de prisão em flagrante. São analisadas as teorias sobre o crime impossível, com especial atenção para a teoria objetiva temperada, adotada no Brasil. Partindo da referida teoria objetiva, é realizada breve análise do bem jurídico, indicado como critério de aferição do crime impossível na proposta objetiva temperada. A prognose póstuma objetiva é analisada e reconhecida como critério para verificação do risco ao bem jurídico. São então analisadas as espécies de prisão em flagrante, com especial cotejo entre a espécie de flagrante e a verificação do crime impossível. Por fim, com a análise dos objetivos do sistema penal e a constatação que não há fracasso no reconhecimento da tentativa inidônea, conclui-se pela desvinculação entre a espécie de prisão em flagrante e a verificação de crime impossível.

PALAVRAS-CHAVE: Crime impossível – Espécies de flagrante – Bem jurídico – Prognose póstuma objetiva.

ABSTRACT: This study discusses the relationship between impossible crime and the type of detention in flagrante delicto. We will analyze theories on impossible crime, concentrating mainly on the adjusted objective theory, which is adopted in Brazil. Based on said objective theory, we will conduct a brief analysis of the legal interest recommended as criterion to determine an impossible crime in the adjusted objective theory. The ex post objective prognosis is a recognized and acknowledged criterion to assess the risk to the legal interest. Subsequently we will analyze the types of detention in flagrante delicto, comparing the type of flagrante delicto to the determination of impossible crime. And finally, based on the analysis of the objectives of the penal system and the determination that there is no failure in acknowledging impossibility, we come to the conclusion that one should make a distinction between the types of detention in flagrante delicto and the determination of impossible crime.

KEYWORDS: Impossible crime – Types of flagrante delicto – Legal interest – Ex post objective prognosis.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A ausência de vinculação entre a espécie de flagrante e o crime impossível. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 77-95. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Das teorias sobre a ausência de punibilidade do crime impossível: a teoria adotada pelo Código vigente – 3. O cerne da questão: a teoria do bem jurídico – 4. Momento da aferição da idoneidade do meio empregado para verificar-se a configuração do crime impossível: necessidade de aferição *ex post* (prognose póstuma objetiva) – 5. O crime impossível em face dos flagrantes preparado, esperado e prorrogado – 6. O reconhecimento do crime impossível no flagrante preparado – 7. O objetivo do sistema penal e do sistema de segurança – 8. Conclusão – 9. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Nosso estudo tem por objetivo analisar, a partir de uma visão crítica, o crime impossível (art. 17 do CP) diante de algumas espécies de flagrante. Para tanto, apreciaremos inicialmente esse crime a partir de sua conceituação teórica. A esse respeito, sobre a ausência de punibilidade do crime impossível, estudaremos a teoria *subjetiva*, a teoria *sintomática*, a teoria da *impressão*, a teoria *objetiva pura* e a teoria *objetiva temperada*, adotada pelo nosso Código vigente. Em seguida, após breve análise sobre a teoria do bem jurídico e sua relevância para a compreensão do tema, verificaremos o momento da aferição do crime impossível na situação fática concreta, com a intenção de demonstrar a necessidade de aferição posterior, por meio da chamada *prognose póstuma objetiva*.

Dando sequência à nossa pesquisa, verificaremos a possibilidade de ocorrência de crime impossível diante de algumas espécies de prisões em flagrante, com destaque para os chamados flagrantes preparado, esperado e prorrogado – ou retardado, presente nas chamadas ações controladas, previstas nas Leis de Lavagem de Capitais (9.613/1998), de Drogas (11.342/2006) e de Organização Criminosa (12.850/2013).

Ao final, após análise crítica sobre o reconhecimento do crime impossível em cotejo com os objetivos do direito penal, apresentaremos nossas conclusões, com o objetivo de demonstrar que a espécie de flagrante não pode condicionar o reconhecimento do crime impossível.

2. DAS TEORIAS SOBRE A AUSÊNCIA DE PUNIBILIDADE DO CRIME IMPOSSÍVEL: A TEORIA ADOTADA PELO CÓDIGO VIGENTE

Ensina Nunez Barbero que o crime impossível parte da premissa segundo a qual uma conduta é dirigida à consumação do delito, à realização do resultado desejado pelo autor, mas o resultado não se produz, pois a ação empreendida não é idônea, ou, ainda, porque falta o objeto sobre o qual aquela iria incidir.[1] A pergunta a ser

1. BARBERO, Ruperto Nunez. *El delito imposible*. Salamanca: Salamanca, 1963. p. 2.

respondida é se o crime impossível deve ser punido, em que circunstâncias e em que limites.

As teorias sobre o crime impossível buscam seu fundamento – como de resto todas as estruturas da teoria do crime e da teoria da pena – na política criminal, ou seja, em decisões sobre o que se espera do sistema penal, do reconhecimento da existência do crime, da imposição da pena e de que limites devem ser respeitados. Partindo de tais decisões, destacam-se as seguintes teorias sobre a ausência de punibilidade do crime impossível: a teoria *subjetiva*, a teoria *sintomática*, a teoria da *impressão*, a teoria *objetiva pura* e a adotada pelo Código Penal brasileiro em vigor, a teoria *objetiva temperada*.

Para a teoria *subjetiva*, a idoneidade dos atos por parte do agente não tem importância. O que importa é a exteriorização da conduta contrária ao ordenamento jurídico penal. Como menciona Marcelo Semer, ao comentar essa teoria, "a tentativa é sempre idônea quando, conforme a crença do agente, os atos por ele realizados são adequados à consumação do delito. Faz a teoria subjetiva, pois, abstração total da natureza da ação, dando plena primazia ao elemento anímico. A questão de configuração do crime impossível não é, por conseguinte, uma preocupação dos subjetivistas".[2]

Em Jakobs, essa teoria ganha novo colorido: tanto a tentativa como a consumação supõem ataques à validez da norma, e dessa forma, na tentativa, assim como na consumação, o autor deve expressar que não se deixa reger pelas normas.[3] O crime impossível – irrelevante penal – se caracterizaria, se o autor, ao conceber seu dolo, e especialmente eleger seus meios, parte de uma situação irrelevante do ponto de vista comunicativo.[4]

A teoria *sintomática*, também denominada positivista, por sua vez, originada da teoria subjetiva, importa-se com a periculosidade do agente demonstrada com sua conduta. Sobre essa teoria, Garofalo, um dos expoentes do positivismo criminológico, expõe: "A questão da punibilidade da tentativa inidônea é de fácil solução para quem creia como nós que a temibilidade do delinquente constitui o único critério aceitável de penalidade, devendo substituir-se ao do dano e ao da força impulsiva. O crime revelou o delinquente, e o exame deste revelará a categoria a que ele pertence. Na tentativa a vontade criminosa manifestou-se, quer os meios sejam idôneos ou inidôneos; tanto basta para que, em regra, se afirme a

2. SEMER, Marcelo. *Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 43.

3. JAKOBS, Gunther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoria de la imputacción*. 2. ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 863.

4. Idem, p. 864.

punibilidade".[5] Essa teoria afasta-se do garantismo penal, por não se importar com o crime como realidade jurídica, interessando-se tão somente pela periculosidade do agente.[6]

A antiga Parte Geral do Código Penal de 1940, embora tivesse adotado a *teoria objetiva temperada*, como veremos, fazia concessão à teoria sintomática, ao prever a aplicação de medida de segurança, quando constatada a periculosidade do agente, mesmo imputável, em caso de crime impossível (art. 14), consoante a Exposição de Motivos do Min. Francisco Campos. Essa concessão foi afastada com a reforma da Parte Geral do Código, em 1984, que impede qualquer sanção se configurado o crime impossível. Nos termos do item 87 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1984: "Extingue o projeto a medida de segurança para o imputável e institui o sistema vicariante para os fronteiriços. Não se retomam, com tal método, soluções clássicas. Avança-se, pelo contrário, no sentido da autenticidade do sistema".

A teoria *subjetiva* encontra limite na teoria da *impressão*, segundo a qual há punibilidade pela tentativa quando a vontade contrária ao ordenamento jurídico seja capaz de comprometer a confiança da coletividade na vigência da norma penal e o sentimento de segurança jurídica, independentemente da idoneidade do meio empregado pelo agente ou do objeto jurídico.[7] A teoria da *impressão* tem foco, assim, na perturbação da confiança da sociedade no ordenamento, sem desprezar a orientação da vontade. É também chamada teoria objetiva-subjetiva da impressão ou da aparência.[8] Ensina Roxin que é a teoria dominante na Alemanha, ainda que sofra diversas críticas.[9]

Para a teoria *objetiva pura*, pouco importa o grau de capacidade da ação do sujeito ativo para produzir lesão ou perigo para o bem jurídico penal. Essa teoria afasta a punibilidade pela tentativa sempre que a conduta não lesione ou ponha em perigo um bem jurídico tutelado no âmbito penal.[10]

---

5. GAROFALO, Raffaele. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. São Paulo: Teixeira e Irmão, 1893. p. 364-365 (*atualizamos a redação*).
6. SEMER, Marcelo. Op. cit., p. 48.
7. KALIL, José Arthur Di Spirito. *Do crime impossível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 69-70.
8. Nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: Ed. RT, Coimbra: Coimbra Ed., 2007. t. I, p. 714.
9. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzõn Peña et alli. Madrid: Civitas, 2014. t. II, p. 448.
10. SEMER, Marcelo. Op. cit., p. 34-35.

Já para a teoria objetiva temperada – *de relevância para o nosso estudo, porquanto adotada no Código vigente* –, "crime impossível é a tentativa realizada com meios absolutamente inidôneos ou dirigidos a um objeto inidôneo (...) a *contrario sensu*, a tentativa está caracterizada – afastado, portanto, o delito impossível – quando os meios forem relativamente inidôneos".[11]

Para este estudo, interessa-nos a análise da inidoneidade absoluta do meio empregado – *e não a apreciação da impropriedade absoluta do objeto (objeto inidôneo)* –, diante das circunstâncias da situação fática concreta, na qual presumimos haver a presença do bem jurídico tutelado, embora não exposto a perigo.

O art. 17 do CP em vigor, sob a rubrica *Crime Impossível*, estabelece: "Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime". A nova Parte Geral de 1984 manteve a mesma redação original do art. 14 do Código de 1940, em relação ao crime impossível. Redação semelhante havia sido adotada no Código Penal de 1890, em seu art. 14, parágrafo único: "Não é punível a tentativa no caso de ineficácia absoluta do meio empregado, ou de impossibilidade absoluta do fim a que o delinquente se propuser" (*atualizamos a redação*). Foi, assim, abraçada em nosso ordenamento jurídico-penal a *teoria objetiva temperada*, segundo a Exposição de Motivos do Código de 1940, do Min. Francisco Campos.

De acordo com o magistério de Nélson Hungria, a teoria aceita é "um corolário lógico da noção realística do crime. Na tentativa com meio absolutamente inidôneo, falha uma das condições à existência de um crime (segundo a dita noção), isto é, a ocorrência, pelo menos, de real perigo de dano a um bem jurídico".[12] Já em caso de objeto absolutamente impróprio inexiste o bem jurídico em relação ao qual era dirigida a conduta do agente.[13] Conforme acrescenta, "dá-se a ineficácia absoluta de meio quando este, por sua própria essência ou natureza, é incapaz, por mais que se reitere o seu emprego, de produzir o evento a que está subordinada a consumação".[14] Em outras palavras, se o meio utilizado em determinado caso concreto não foi apto a pôr em perigo o bem tutelado pela norma penal, não há como configurar a tentativa. Nesse sentido, já advertia Francesco Carrara, partidário da teoria objetiva: "Os atos inidôneos não podem, pois, ser imputados como delito ao autor da pretensa tentativa. Se a inidoneidade se verificou nos primeiros momen-

11. Idem, p. 38.

12. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. vol. 1, t. II, p. 94-95.

13. Idem, p. 95.

14. Idem, ibidem.

tos da ação, cessa qualquer imputação daqueles como tentativa, porque todos eles careceram de *perigo*".[15]

O art. 23 do CP Português, de forma semelhante à nossa legislação, preceitua: "A tentativa [só] não é punível quando for manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objeto essencial à consumação do crime". Segundo Jorge de Figueiredo Dias, "à tentativa levada a cabo com meios inaptos ou sobre objeto essencial inexistente dá a doutrina o nome de tentativa impossível ou tentativa inidônea (ou ainda 'inútil', 'inapropriada', 'inapta')" (como prefere exprimir a doutrina germânica).[16]

Os doutrinadores, em regra, concluem pela natureza atípica em relação ao crime impossível, seja pela ausência de real e efetivo perigo de dano a um bem jurídico, seja pela inexistência do bem jurídico em relação ao qual era dirigida a conduta do agente.

3. O CERNE DA QUESTÃO: A TEORIA DO BEM JURÍDICO

A moderna teoria do bem jurídico deita suas raízes no século XIX,[17] nos estudos de Birnbaum, e desde então um conceito seguro e com conteúdo estranho à legalidade formal é buscado como limite material ao poder de punir, como referência interpretativa ou mesmo como parâmetro para se verificar a constitucionalidade da criminalização.

É fato que o caminho para a consagração da teoria do bem jurídico não foi nem é tranquilo. Com Binding, perde-se a referência externa, pois o bem jurídico seria encontrado no próprio ordenamento, como não poderia deixar de ser, diante da profunda inspiração positivista jurídica, ou, na lição de Renato Silveira, deve ser tido por bem jurídico tudo que for assim eleito pelo legislador.[18] Daí a percepção do delito como a lesão de um bem jurídico subjetivo do Estado, construção que merece fortes críticas da doutrina (por todos, Schunemann), indicando que com tal formato o bem jurídico se limite a servir como vetor para uma interpretação teleológica, fazendo desaparecer sua função crítica.[19]

---

15. CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal. Parte geral.* Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Maia. São Paulo: Saraiva, 1956. vol. 1, p. 262, § 360.
16. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 713.
17. É consagrada a construção de Feuerbach sobre a "lesão a direito subjetivo" anterior a Birnbaum, com inspiração contratualista, que não chega a considerar a referência externa ao sujeito. Sobre o tema: FEUERBACH, Anselm V. *Tratado de derecho penal.* Trad. Eugenio R. Zaffaroni. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 64.
18. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual.* São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 43.
19. SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.* Trad. Luis Greco. São Paulo: Buenos Aires, 2013.

Em Liszt é consagrada a percepção do bem jurídico como limite à ação do legislador. O interesse seria um dado social preexistente, apenas reconhecido, e não criado pela norma: "É a vida, e não o Direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção do Poder Público".[20] Aliás, dada a cuidadosa compreensão do papel do julgador no referido contexto histórico (final do século XIX), a teoria é muito mais destinada ao legislador que ao julgador.

Ensina Régis Prado que com o neokantismo é perdida mais uma vez a referência crítica ao ordenamento, pois o bem jurídico aqui se confunde com a consciência geral do direito, convicção jurídica comum, ou, na crítica do autor, o ponto de vista da classe social dirigente e mais bem considerada.[21]

Em Welzel, o bem jurídico é o interesse vital para a comunidade, que, por sua importância social, é protegido juridicamente. O intenso apego de Welzel ao conteúdo ético do bem jurídico é objeto de frequente crítica doutrinária, pois também esvaziaria o conteúdo crítico da teoria.[22]

Em Roxin, o bem jurídico seria um dado ou finalidade necessária para o livre desenvolvimento do indivíduo, para a realização de seus direitos humanos e civis ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado em tais objetivos.[23] Em seu viés crítico, o autor acentua a importância do *harm principle* para a "reconstrução" da moderna concepção de bem jurídico. Não há relevância penal sem dano a outros (*harm to others*). Em sua proposta, resta necessariamente irrelevante penal o moralismo puro, o paternalismo duro e a contribuição para a autocolocação livre e consciente em perigo, bem como a violação a sentimentos ou tabus. Justifica que em uma sociedade pluralista tais perturbações devem ser suportadas, e não perseguidas e punidas.[24]

---

20. LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. t. I, p. 139.
21. PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 1996. p. 30.
22. Nesse sentido: BECHARA, Ana Elisa. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 116.
23. Sobre o tema: ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função no direito penal*. 2. ed. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 18-19.
24. Nesse sentido: ROXIN, Claus. Sobre o recente debate sobre a teoria do bem jurídico. Trad. Luis Greco. In: GRECO, Luis; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 181 e ss.

É possível encontrar muitas outras contribuições à teoria, e também críticas à capacidade de rendimento da construção (por todos, Jakobs[25]). De qualquer forma, na doutrina brasileira, e mesmo nas cortes superiores, é praticamente pacífica a adesão, pelo que é possível concluir que as bases teóricas de uma perspectiva crítica do bem jurídico são um paradigma a ser seguido no Brasil.

É consagrada a construção que em um Estado Democrático de Direito o bem jurídico deve ter a função de limite externo ao legislador, evitando abusos do poder punitivo. O bem jurídico é ainda a premissa de vários princípios constitucionais consagrados, como ofensividade, proporcionalidade da pena, fragmentariedade, insignificância, dentre outros.

Sobre a função de limite, Régis Prado ensina que o "bem jurídico é erigido como conceito limite na dimensão material do direito penal. (...) Esta função, de caráter político-criminal, limita o legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais".[26] Hassemer acrescenta que a tradicional teoria do bem jurídico quer construir um substrato real prévio, limitando até mesmo a atividade legislativa, acrescentando que a "teoria do bem jurídico serve bem como pedra de toque para o pensamento funcionalista do Direito Penal. É que ela afirma, em sua variante 'crítico-sistemática', ter encontrado um critério correto de política criminal: precisamente a vinculação da determinação de merecimento de pena à lesão ou ao perigo de lesão a um bem jurídico".[27]

Importante acrescentar que, como ensina Ana Elisa Bechara, "a limitação do poder punitivo estatal ao bem jurídico não se manifesta apenas na elaboração da lei penal, refletindo-se também nas posteriores tarefas de interpretação e aplicação judicial dessa lei".[28] Ou seja, aceita e compreendida a teoria do bem jurídico – e sem dúvida é parâmetro em nossos tribunais –, ela não apenas orienta o legislador, mas também o julgador, na interpretação do sentido e alcance das normas incriminadoras e das demais estruturas do direito penal, como o crime impossível.

O bem jurídico é a base sobre a qual é construída a teoria do crime impossível no Brasil, adotada a teoria objetiva, como indicado alhures. Em poucas palavras, por mais mal-intencionada que seja a conduta, se, diante da experiência comum, for incapaz de colocar em risco o bem jurídico, deve ser considerada irrelevante penal. O intenso desvalor subjetivo não é apto a "compensar" a inexistência de

25. Em consagrada crítica à teoria do bem jurídico: JAKOBS, Gunther. Op. cit., p. 43 e ss.

26. PRADO, Luis Régis. Op. cit., p. 41.

27. HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luis; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar*? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 22.

28. BECHARA, Ana Elisa. Op. cit., p. 143-144.

desvalor sobre a face objetiva do injusto, dada a inexistência de risco ao bem, com a eliminação, desde logo (tipicidade), da relevância penal.

Trata-se de uma opção político-criminal elogiável, plenamente compatível com os princípios e valores que devem orientar o direito penal em um Estado Democrático de Direito, e que deve ser adotada de forma plena e coerente. O puro desvalor sobre o conteúdo da vontade, próprio das teorias subjetivas, tem como premissa a possibilidade de compreender e valorar a vontade de terceiro, desde logo sabidamente inatingível, tornando a punição, por consequência, temerária. Se o próprio autor dificilmente é capaz de compreender seus desejos, impulsos, motivos e objetivos, a percepção por terceiros é inalcançável, e não pode ser a base do prévio juízo de desvalor da tipicidade.

Da mesma forma a periculosidade, base da percepção sintomática, privilegia a presunção de que a orientação da conduta praticada é capaz de permitir prognóstico sobre futuro comportamento lesivo do sujeito, exigindo desde logo medida incapacitante/inocuizadora. Trata-se de premissa controversa, e que pode ser criticada pela confusa base teórica – a infração eventual à norma permitiria conclusão sobre determinado padrão de personalidade – e por seu conteúdo ético-político, na medida em que consagra um ineludível direito penal do autor.

Por fim, a teoria da impressão vincula o reconhecimento do crime impossível à necessidade da pena, com o objetivo de revigorar a confiança da sociedade no ordenamento. É interessante compreender o direito penal a partir da necessidade da pena, mas é farta a construção doutrinária (por todos, Roxin[29]) no sentido de que, em um Direito Penal Democrático, a necessidade da pena é imprescindível filtro ou limite para a aplicação da sanção, mas não pode ser base única, sob pena de ser instaurado regime punitivo opressor, instrumentalizador do indivíduo. Acrescenta Roxin que a teoria da impressão pode justificar tanto a pena no crime consumado quanto no tentado, ou seja, não é uma teoria própria da tentativa, além de não permitir a correta distinção entre atos preparatórios e tentativa.[30]

4. MOMENTO DA AFERIÇÃO DA IDONEIDADE DO MEIO EMPREGADO PARA VERIFICAR-SE A CONFIGURAÇÃO DO CRIME IMPOSSÍVEL: NECESSIDADE DE AFERIÇÃO *EX POST* (PROGNOSE PÓSTUMA OBJETIVA)

Existem dois momentos para aferir a idoneidade dos meios empregados, aptos à consumação do crime: *ex ante* e *ex post*. De acordo com Marcelo Semer, a aferição

29. Sobre recíproca limitação entre a culpabilidade e a necessidade da pena: ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña et. alli. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 791 e ss.

30. Idem, p. 450.

ex ante "indica a análise de que o meio empregado era, antes de iniciada a execução do delito, e sem levar em consideração as circunstâncias em que os fatos se desenvolveram, apto ou inapto para provocar a consumação do crime".[31] É uma análise puramente abstrata, distante da realidade da situação fática e concreta.

Já a aferição *ex post* considera a apreciação dos meios empregados diante da realidade dos fatos, tal como transcorreram, quer concomitante à ação do agente, quer anterior a ela. Na doutrina, vários são os autores partidários da análise *ex post* da idoneidade dos meios empregados pelo agente. Dessa ótica, imprescindível que a idoneidade do meio empregado seja verificada diante das circunstâncias de cada caso concreto, *ex post*, para podermos constatar a efetiva exposição ao perigo do bem jurídico tutelado.

Segundo Basileu Garcia: "Em certos casos, verifica-se que a tentativa não poderia de forma alguma chegar à fase de consumação. Apreciando-se o desenrolar do acontecimento, *a posteriori*, é forçosa a conclusão de que o delinquente não poderia obter o resultado visado, quer em face dos meios que empregou, quer em face de especiais circunstâncias atinentes ao escopo colimado".[32]

Nesse sentido, o pensamento de Marcelo Semer, para quem "sob uma perspectiva de fundo objetivista, deve-se exigir a demonstração de um concreto perigo corrido pelo objeto do delito – e, assim, a efetiva idoneidade dos meios de execução –, apreciado com apoio nas circunstâncias concretas que acompanharam o desenrolar da ação movida pelo agente".[33] Não é outra a seguinte conclusão de Sérgio Salomão Shecaira, com arrimo no Código vigente: "A contemplação do crime impossível se dá *ex post* e, na distinção entre tentativa idônea e tentativa inidônea, avalia-se o perigo que a ação realizada poderia representar para o bem jurídico tutelado".[34] Em síntese, afigura-se possível afirmar que: "Dá-se crime impossível quando, após a prática do fato, constata-se que a consumação jamais poderia ter sido realmente alcançada".[35]

É importante ressaltar que o critério *ex post* não confunde a teoria objetiva temperada com a objetiva pura, rompendo as diferenças entre a tentativa idônea (típica) e a inidônea (crime impossível). Com efeito, somente com a análise *ex*

31. SEMER, Marcelo. Op. cit., p. 87.

32. GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980. vol. 1, t. I, p. 264.

33. SEMER, Marcelo. Op. cit., p. 54.

34. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Falsidade documental grosseira e crime impossível. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 2, p. 91.

35. JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 316.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A ausência de vinculação entre a espécie de flagrante e o crime impossível. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 77-95. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

post o julgador pode separar-se da percepção do agente, que pode ser viciada, e tomar conhecimento das circunstâncias da forma como presentes no momento da conduta.

Cuida-se da conhecida *prognose póstuma objetiva*. É póstuma, pois é juízo feito após realizada a conduta. É uma prognose, pois o julgador, dotado do conhecimento nomológico, fará a análise do fato como se presenciasse sua prática, valorando sobre a chance de sucesso da pretensa empreitada criminosa, à luz das circunstâncias efetivamente presentes no caso concreto. É objetiva, pois não considera o limite do conhecimento (subjetivo) do autor ao realizar a ação, mas sim as circunstâncias objetivas concretas, bem como o saber nomológico.

O julgamento é feito após o fato, mas o julgador se coloca no lugar do agente no momento de sua conduta. Não há que se confundir, como alerta Nelson Pessoa, "momento da análise" com "forma de análise".[36] Quanto ao momento, é *ex post*; e quanto à forma, o julgador deve colocar-se ao lado do autor no momento em que a conduta é praticada.

Enzo Musco e Giovanni Fiandaca, comentando a lei italiana – que adota o mesmo critério objetivo do Código Penal brasileiro – explicam o tema com maior clareza: deve o julgador valer-se dos conhecimentos adquiridos *ex post* sobre as circunstâncias do caso concreto, e, colocando-se na posição do autor no momento da conduta, perquirir se, à luz das circunstâncias concretas, havia risco ao bem jurídico.[37]

5. O CRIME IMPOSSÍVEL EM FACE DOS FLAGRANTES PREPARADO, ESPERADO E PRORROGADO

O flagrante preparado ou provocado ocorre quando um agente provocador induz ou instiga o sujeito ativo a praticar um crime com o intuito de efetivar sua prisão. Como explica Guilherme de Souza Nucci, cuida-se de crime impossível, pois o sujeito ativo se encontra em total submissão ao agente provocador.[38] A esse respeito, a Súmula 145 do STF: "Não há crime quando a preparação do flagrante

36. PESSOA, Nelson. *Injusto penal e tentativa*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p 418.

37. Na tradução espanhola: "Vale decir que, en este caso, el criterio de prognosis póstuma sería aplicado teniendo en cuenta no sólo las circunstancias conocidas o conocibles por el agente al momento de la acción, sino todas las circunstancias presentes en la situación dada, cualquiera que fuera el momiento en que se conocierem". FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho penal – Parte general*. Bogotá: Temis, 2006. p 483.

38. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

pela polícia torna impossível a sua consumação". Há que se ter, aqui, uma ressalva: se o agente provocador não toma providências para afastar o risco ao bem jurídico, e instiga a prática criminosa e real exposição do bem a perigo, ainda que com o intuito de promover a prisão em flagrante após a consumação, deverá ser responsabilizado penalmente como colaborador: não há no ordenamento pátrio excludente de antijuridicidade cujo conteúdo seja fomentar a prática de crime com o objetivo de legitimar a prisão do autor.[39] Repisando o conteúdo da súmula, a tentativa inidônea oriunda do agente provocador exige que seja "impossível a consumação". Em sentido contrário, se o agente provocador não toma providências eficazes para evitar o dano ao bem jurídico, ou seja, para tornar impossível a consumação, será também responsabilizado pelo crime.

Muitas vezes, contudo, o agente provocador age para prender o infrator pela prática de um crime permanente, cuja consumação, anterior, se protrai no tempo, o que não afasta o estado de flagrante delito. A título de exemplo conhecido, um policial se faz passar por usuário e simula uma compra de drogas com a intenção de realizar a prisão do traficante, não por essa venda provocada, mas pela posse anterior da droga destinada ao tráfico, delito permanente, já consumado. Evidente que não há risco ao bem jurídico "saúde pública" na venda provocada, pois a autoridade estatal apreenderá e destruirá as drogas que estavam em circulação.

Já no flagrante esperado, os agentes policiais têm conhecimento de que um crime será cometido. Dirigem-se ao local e esperam a ocorrência para realizar a prisão em flagrante. Nesse caso, os policiais não detêm o controle da situação e não possuem convicção de como o fato efetivamente ocorrerá, o que torna ao menos relativa e não absoluta a idoneidade do meio empregado pelo sujeito ativo, afastando a possibilidade de configuração do crime impossível. Isso porque, apesar das cautelas tomadas pelos agentes públicos, o crime poderia se consumar. Assim, inexistindo a ação do agente provocador, capaz de viciar a vontade do sujeito ativo, o crime seria, a princípio, tentado ou consumado.

Todavia, podem ocorrer situações concretas nas quais os agentes públicos possuam todo o conhecimento e controle absoluto dos acontecimentos, desde o início do *iter criminis*, diante da descoberta prévia da trama. Toda a desenvoltura dos fatos, a cada passo, é acompanhada pela autoridade e pelos seus agentes, o que torna, a nosso ver, impossível a consumação do crime, afastando todo o risco ao bem jurídico. Não é outro o entendimento de Guilherme de Souza Nucci: "Caso a polícia obtenha a notícia de que um delito vai ser cometido em algum lugar e consiga ar-

39. Pertinente lembrar que a Lei de Organização Criminosa prevê, na infiltração de agentes, o reconhecimento da dirimente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta dversa, mas não trata da conduta de induzir ou instigar.

mar um esquema tático infalível de proteção ao bem jurídico, de modo a não permitir a consumação de modo nenhum, trata-se de tentativa inútil e não punível, tal como prevista no art. 17 do CP".[40]

No flagrante prorrogado ou retardado, por sua vez, nas denominadas ações controladas, ocorre um retardamento da prisão a fim de tornar possível a reunião de mais informações e provas sobre a prática criminosa e seus autores, em especial, nas organizações criminosas. Sobre o assunto, a Lei 9.613/1998 (lavagem de capitais), em seu art. 4º-B, estabelece: "A ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderão ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações".

O art. 53, II, da Lei 11.343/2006 (drogas), também prevê a possibilidade de flagrante prorrogado, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público, nos seguintes termos: "II – a não atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operação de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível".

A Lei de Organização Criminosa, 12.850/2013, por sua vez, em seu art. 3.º, II, permite em qualquer fase da persecução penal, como meio de prova, a ação controlada, assim definida em seu art. 8.º: "Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações".

Pela redação desses dispositivos, constatamos que no flagrante retardado o crime já está na sua fase tentada ou consumada. Apenas a prisão é prorrogada. O importante, então, é a verificação, a partir daquele momento, quais as infrações posteriores que estariam com vigilância absoluta e eficaz dos agentes públicos, a ponto de não haver exposição de bem jurídico a perigo de dano. Em outras palavras, com a ação controlada após o flagrante retardado, é possível que ocorram situações capazes de configurar o crime impossível.

De qualquer forma, dependendo do bem jurídico em questão, impõe-se a cautela dos agentes públicos de interromperem a ação controlada para evitar um dano irreversível ao bem jurídico protegido, como em caso de homicídio, por exemplo. Não faria sentido que o agente estatal, com ampla possibilidade de impedir um

40. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 676.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A ausência de vinculação entre a espécie de flagrante e o crime impossível. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 77-95. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

homicídio sem risco pessoal, aguardasse a ação letal para poder prender em flagrante o autor dos disparos (ou faria?).

6. O RECONHECIMENTO DO CRIME IMPOSSÍVEL NO FLAGRANTE ESPERADO

Como já estabelecido nas premissas, o flagrante preparado ou provocado, se torna inviável a consumação, resulta na atipicidade da conduta pelo reconhecimento do crime impossível, dada a ausência de risco ao bem jurídico.

A Súmula 145 do STF, ao consolidar tal entendimento, não afasta o reconhecimento do crime impossível em outras espécies de flagrante, ou seja, não afirma que apenas no flagrante preparado deve ser reconhecida a tentativa inidônea. De fato, em várias outras circunstâncias, o crime impossível pode ser reconhecido, desde que, apesar da conduta do autor, usualmente dirigida a provocar risco ou lesão proibida, o bem jurídico não tenha corrido risco algum. Para reconhecer a ineficácia absoluta do meio utilizado em determinado crime, à luz da *teoria objetiva temperada*, não se deve apelar à ocorrência de prisão em flagrante ou sua espécie: deve ser realizada uma avaliação *ex post* do caso *sub judice*, e então será reconhecida a irrelevância penal diante da impossibilidade absoluta de exposição do bem jurídico a "perigo de dano", ao qual se refere Nélson Hungria.[41]

É assim no consagrado exemplo em que disparos são realizados contra um cadáver, e o autor imagina que mata alguém. Também no exemplo em que o autor imagina provocar a morte de terceiro ferindo um boneco com pretensos poderes mágicos. Nos exemplos mencionados, apesar do intenso desejo de praticar o mal e de sua exteriorização, não há crime, pois o bem jurídico não é colocado em risco. O mesmo pode ocorrer (embora nem sempre ocorra) no caso do flagrante esperado.[42]

A conclusão pelo crime impossível não pode depender da espécie de prisão em flagrante, que é instituto de direito processual penal. O flagrante é consequência, e logicamente não pode ser pressuposto positivo ou negativo da existência de um crime. O que importa é, de fato, se em uma avaliação *ex post*, com arrimo na *prognose póstuma objetiva*, sem considerar o aspecto subjetivo do autor, mas consideradas todas as circunstâncias objetivas de cada caso, desde seu início, é possível

41. HUNGRIA, Nélson. Op. cit., p. 94-95.

42. Nesse sentido, Rogério Greco: "Não importa se o flagrante é preparado ou esperado. Desde que o agente não tenha qualquer possibilidade, em hipótese alguma, de chegar à consumação do delito, o caso será de crime impossível, considerando-se a absoluta ineficácia do meio por ele empregado, ou a absoluta impropriedade do objeto" (*Curso de direito penal*. 17. ed. Niterói: Ímpetus, 2015. vol. 1, p. 349-350).

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A ausência de vinculação entre a espécie de flagrante e o crime impossível. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 77-95. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

afirmar que a consumação jamais poderia ocorrer, não importando a espécie de flagrante.

Em uma situação de flagrante esperado, se as autoridades – que não provocaram a ação criminosa – tomam todas as providências para impedir o risco ao bem jurídico, o protagonista, com seus inofensivos atos, não pratica conduta relevante penal. Basta imaginar uma situação em que a polícia recebe a notícia que um sujeito irá realizar um furto e antecipa todas suas circunstâncias. O local é cercado pela polícia, e montado aparato de segurança que impede, de acordo com a experiência comum, a criação de risco ao bem. O furtador ingressa no local e, ao tomar o bem em suas mãos, é capturado. Ausente o risco ao bem, ainda que o flagrante seja apenas esperado e não provocado, deve ser reconhecido o crime impossível. Outro entender, ainda que esteado em boas intenções ou em determinado movimento de política criminal, contraria a disciplina do crime impossível em nosso ordenamento, além de violar diversos princípios constitucionais penais, como a legalidade, a ofensividade[43] e a proporcionalidade.

7. O OBJETIVO DO SISTEMA PENAL E DO SISTEMA DE SEGURANÇA

Há incontroversa resistência ao reconhecimento do crime impossível em nossos tribunais, e vários fatores podem explicar tal desprezo ao instituto, dentre os quais podemos mencionar a superlativação do desvalor sobre a tipicidade subjetiva, que rompe, no entanto, com a teoria objetiva temperada. Pode ser mencionado ainda um sempre referido "sentimento de impunidade", pois, para muitos, do ponto de vista moral, o autor de um crime impossível "merece" uma punição, o que não encontra qualquer amparo no ordenamento ou em uma perspectiva racional. O argumento mais repetido, no entanto, discute o "desperdício" de tempo, energia e estrutura do aparato policial/estatal na montagem de um esquema para capturar o suposto criminoso, que, conforme demonstrado, seria na verdade autor de um crime impossível. A sensação de frustração pela "perda" de todo o tempo de investigação, a vigilância, a espera, o material usado, a energia e o tempo despendidos desestimulariam, assim, a repetição de operações semelhantes, fomentando o crime.

Para melhor analisar a frustração é necessário compreender a expectativa: e qual é a expectativa? Pela voz majoritária, a expectativa é a condenação e a prisão dos criminosos. Partindo de tal premissa, é necessário criar argumentos que afastem o

43. Por todos, Fábio Roberto D'Avila indica o crime impossível como demonstração da concretização legislativa da exigência material de lesividade (*Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 71-72).

reconhecimento do crime impossível, incentivando a ação policial para que, diante de flagrantes esperados, mais infratores sejam punidos. O erro, evidentemente, está na premissa.

O discurso legitimador do sistema penal não finca suas bases na condenação de criminosos, mas sim na redução da violência, com a proteção subsidiária de bens jurídicos.[44] Se o crime já aconteceu, prevalece que a pena seria instrumento para evitar lesões futuras, uma vez que o passado não pode ser alterado (mas no máximo compensado, justiçado, vingado). No entanto, se o crime ainda não ocorreu, ou seja, se a violência pode ser evitada, é nesse sentido que toda a energia deve ser empregada. Não faz sentido "trocar" a proteção de um bem jurídico concretamente indicado como alvo de uma ação observada em flagrante esperado pela esperança que a pena imposta pela prática do crime possa evitar uma ação futura, hipotética, por meio de uma intimidação com discutível eficiência.

O Estado deve ter como objetivo precípuo proteger o bem jurídico, e não permitir sua lesão para então punir o criminoso. Se o flagrante esperado impediu o risco ao bem jurídico, não importa se não há punição: o Estado cumpriu sua função, protegeu o bem jurídico, e o gasto de energia, tempo e estrutura estão compensados com provas reais, e não com esperança de provável efeito dissuasório no futuro. A ausência de crime deve ser comemorada e a inviabilidade de punição do autor pelo reconhecimento do crime impossível, se compreendida como algo negativo por alguns dos envolvidos, é um pequeno preço diante da proteção do bem.

Enfim, o reconhecimento do crime impossível em determinadas hipóteses de flagrante esperado não deve ser motivo de frustração, mas sim de comemoração. A expectativa de prender criminosos deve ser substituída pela expectativa de proteger bens jurídicos, e o reconhecimento do crime impossível, aqui, se confunde com a certeza de que a dignidade do titular do bem jurídico e também do autor do crime impossível foi respeitada.

8. CONCLUSÃO

O instituto do crime impossível deita suas origens em remotas construções sobre a teoria do crime, mas sua natureza ainda é controversa, e oscila de acordo com a escolha de movimentos de política criminal, que pode ter como foco inocuizar periculosidade, assegurar a confiança na norma ou castigar a má intenção, e o reconhecimento do crime e a aplicação da pena podem estar limitados pela existência de risco ou lesão ao bem jurídico. As teorias objetivas destacam-se pelo resguardo de tal limite, ou seja, pelo apego à teoria do bem jurídico como limite ao poder de

44. Na consagrada formulação de Claus Roxin (*Derecho penal*... cit., t. I, p. 51).

punir do Estado, inspiradas nos ideais democráticos que tornam ilegítima a instrumentalização do indivíduo, ou, em básica expressão, impedem que o sujeito sofra um *mal* sem que tenha provocado um *mal*, com a geração de risco proibido ao bem jurídico. Adotada a teoria objetiva para configurar o crime impossível, consagra-se o bem jurídico como o instrumento de limitação por excelência: não será possível reconhecer a existência de crime – e consequentemente a imposição da pena – sem risco ou lesão ao bem jurídico.

Fixada a premissa da teoria objetiva, necessário admitir que a relação do crime impossível com a espécie de flagrante (em especial os flagrantes esperado, preparado e provocado) não é direta ou de certeza, mas sim de probabilidade, com a advertência que a espécie de flagrante não pode definir a existência de crime, mas sim o contrário: reconhecida a existência de risco ou lesão ao bem jurídico por meio da prognose póstuma objetiva, está aberto o caminho para o reconhecimento do crime e, por consequência, para a prisão em flagrante. Não há óbice para reconhecer a existência de crime mesmo se o autor for incentivado pela autoridade policial, e é possível o reconhecimento do crime impossível no flagrante esperado.

Por fim, reconhecido o objetivo de tutelar bens jurídicos, a configuração do crime impossível no caso concreto não pode ser vista como um fracasso dos sistemas de segurança e de justiça, mas sim como um sucesso. Ausente o risco ao bem, a segurança funcionou bem, e é possível ou provável que o sistema de justiça tenha bem cumprido função preventiva. Um Estado Democrático alcança seus objetivos quando protege e não quando prende seus cidadãos.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBERO, Ruperto Nunez. *El delito imposible*. Salamanca: Salamanca, 1963.

BECHARA, Ana Elisa. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal. Parte geral*. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Maia. São Paulo: Saraiva, 1956. vol. 1.

D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: Ed. RT, Coimbra: Coimbra Ed., 2007. t. I.

FEURBACH, Anselm V. *Tratado de derecho penal*. Trad. Eugenio R. Zaffaroni. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho penal – Parte general*. Bogotá: Temis, 2006.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980. vol. 1, t. I.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A ausência de vinculação entre a espécie de flagrante e o crime impossível. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 77-95. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

GAROFALO, Raffaele. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal.* São Paulo: Teixeira e Irmão, 1893.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal.* 17. ed. Niterói: Ímpetus, 2015. vol. 1.

HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luis; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. vol. 1, t. II.

JAKOBS, Gunther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoria de la imputacción.* 2. ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal.* São Paulo: Saraiva, 2013.

KALIL, José Arthur Di Spirito. *Do crime impossível.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal.* Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. t. I.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado.* 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PESSOA, Nelson. *Injusto penal e tentativa.* Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

PRADO, Luis Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição.* São Paulo: Ed. RT, 1996.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general.* Trad. Diego Manuel Luzón Peña et alli. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

_____. *Derecho penal. Parte general.* Trad. Diego-Manuel Luzõn Peña et alli. Madrid: Civitas, 2014. t. II.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função no direito penal.* 2. ed. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Sobre o recente debate sobre a teoria do bem jurídico. Trad. Luis Greco. In: GRECO, Luis; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SEMER, Marcelo. *Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Falsidade documental grosseira e crime impossível. *Estudos de direito penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 2.

SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.* Trad. Luis Greco. São Paulo: Buenos Aires, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual.* São Paulo: Ed. RT, 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A ausência de vinculação entre a espécie de flagrante e o crime impossível. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 116. ano 23. p. 77-95. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A tentativa e o crime impossível no Código Penal brasileiro, de André Luís Callegari – *RT* 755/482-494 (DTR\1998\408);
- Aspectos da prisão em flagrante, de Sérgio de Oliveira Médici – *RBCCrim* 14/302-310, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/1235-1246 (DTR\1996\134);
- Prisão em flagrante, de Fernando de Almeida Pedroso – *RT* 705/293-304 (DTR\1994\317); e
- Tóxico e flagrante preparado ou provocado, de Roberto Delmanto – *RT* 679/454-456 (DTR\1992\163).

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A ausência de vinculação entre a espécie de flagrante e o crime impossível. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 77-95. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

"Alternativas: nenhuma". Sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico

Alternatives: none. On the latest critique to the personal theory of legal interest

Ulfrid Neumann

Professor de Direito Penal, Filosofia e Sociologia do Direito na Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt am Main).

Tradução por Raphael Boldt

Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com estágio de doutoramento na Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt am Main). Pesquisador Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo (Fapes). Advogado.

Área do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: Escrito para o simpósio que marcou o 65.º aniversário de Winfried Hassemer, o artigo demonstra que seu pensamento continua atual e relevante. A partir de importantes contribuições da teoria penal de Hassemer, pergunta-se: em que condições o Estado pode proibir uma conduta por meio de uma pena? Segundo a teoria pessoal do bem jurídico, o Estado apenas pode punir comportamentos que violam interesses humanos que o direito penal deveria proteger. As críticas ao conceito de bem jurídico são então abordadas a partir de dois extremos: a crítica a sua estreiteza e a sua amplitude. Se de um lado a censura à concepção de bem jurídico sustenta a impossibilidade de integrar bens jurídicos coletivos, do outro se dirige à incapacidade de encontrar um limite para o direito penal.

Palavras-chave: Direito penal – Teoria pessoal do bem jurídico – Críticas – Alternativas – Winfried Hassemer.

Abstract: Written for the symposium marking the 65th anniversary of Winfried Hassemer, the article demonstrates that his ideas are still current and relevant. From important contributions of Hassemer's criminal theory, we ask: under which conditions can the State forbid an action threatening penalty? According to personal theory of protected legal interest, the State can only punish behaviors that violate human interests that criminal law should protect. The critical points of the conception of legal interest are then addressed from two extremes: the criticism of its narrowness and its breadth. On the one hand the critique is focused on the impossibility to integrate collective legal interests, on the other addresses the impossibility of finding a limit to the criminal law.

Keywords: Criminal Law – Personal theory of protected legal interest – Criticism – Alternatives – Winfried Hassemer.

Sumário: 1. A teoria pessoal do bem jurídico como filosofia prática do direito penal – 2. Características da teoria pessoal do bem jurídico: individualista, orientada para os interesses, crítica da

Neumann, Ulfrid. "Alternativas: nenhuma". Sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 97-110. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

ideologia – 3. Perspectivas teóricas penais – 4. A função do direito penal: proteção de bens jurídicos ou garantia da norma? – 5. As críticas: 5.1 Crítica à estreiteza do conceito de bem jurídico; 5.2 Crítica à amplitude do conceito de bem jurídico – 6. Referências bibliográficas.

1. A TEORIA PESSOAL DO BEM JURÍDICO COMO FILOSOFIA PRÁTICA DO DIREITO PENAL

A teoria pessoal do bem jurídico,[NT1] a qual se dedica nosso colóquio, tem especial importância na obra científica de Winfried Hassemer. Talvez seja sua contribuição mais pessoal no duplo sentido da palavra: como enfoque original, apenas um exemplo de abordagem científica comprometida, e ao mesmo tempo no sentido de uma concepção teórica de direito penal que traduz as convicções ético-jurídicas e político-jurídicas de seu autor a um modelo consistente de direito penal. A teoria pessoal do bem jurídico é uma teoria que permite reconhecer, por meio de seu conteúdo científico, o perfil de seu autor.[1]

Isso, naturalmente, não diz nada sobre a possibilidade de objetivar a teoria, mas diz algo a respeito de sua localização lógica. A teoria pessoal do bem jurídico não tem seu lugar no campo da filosofia teórica, mas no da filosofia prática. Ela oferece resposta a uma questão normativa, prática. A pergunta que se faz é a seguinte: "Sob quais condições o Estado tem permissão para proibir uma ação utilizando-se da ameaça de uma pena?" A reposta da teoria pessoal do bem jurídico se coloca de maneira resumida: apenas se esta ação viola um interesse humano que demande proteção penal. Essa não é, desde a perspectiva da teoria pessoal do bem jurídico, uma resposta completa, pois assinala somente condições necessárias, mas insuficientes para a criminalização de um comportamento.[2] Também não se trata de uma resposta universal, pois seria necessário recorrer a modelos alternativos de legitimação.[3] Mas é

NT1 Nota do Tradutor.Versão original alemã intitulada "*Alternativen: keine*". – *Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre*, publicada em: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Hrsg.). *"Personale Rechtsgutslehre" und "Opferorientierung im Strafrecht"*. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien– Bd. 104. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007.

1. HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre. In: HASSEMER, Winfried. *Strafen im Rechtsstaat*. Baden-Baden: Nomos, 2000; HASSEMER, Winfried. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 1994. Vor § 1, Rn. 274; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2005. Vor § 1, Rn. 1.
2. HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer... cit., p.. 88; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 147.
3. HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* cit., Vor § 1, Rn. 117.

NEUMANN, Ulfrid. "Alternativas: nenhuma". Sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 97-110. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

uma reposta cientificamente convincente e inteligente do ponto de vista político-jurídico, para a qual não existe hoje alternativa evidente. Este é o tema e ao mesmo tempo a tese das minhas reflexões.

2. CARACTERÍSTICAS DA TEORIA PESSOAL DO BEM JURÍDICO: INDIVIDUALISTA, ORIENTADA PARA OS INTERESSES, CRÍTICA DA IDEOLOGIA

Posso pressupor, neste círculo, o conhecimento do conceito da teoria pessoal do bem jurídico, conforme desenvolvida por Winfried Hassemer. Ressalto, por isso, apenas os pontos que, desde o meu ponto de vista, tornam especialmente atraente esse conceito. Isto é, primeiramente, a característica individualista, nos termos da palavra "humano". A teoria pessoal do bem jurídico pensa o direito penal não a partir da sociedade, senão do indivíduo. Com isso, se aborda desde a perspectiva da teoria do Estado, o conflito entre os enfoques estadista e coletivista de um lado e os modelos individualistas de outro, posicionando-se claramente do lado dos últimos. Segundo, ela liga o direito penal aos interesses concretos das pessoas[4] e, por isso, consegue filtrar os componentes ideológicos que ameaçam o direito penal liberal, porque eles – ainda que sejam simples representações de valores sociais – atuam com a pretensão de serem valores obrigatórios. Finalmente, o conceito geral de bem jurídico se mantém de forma transversal a um modelo de direito penal autoritário que entende o delito como uma transgressão[5] ao dever e, com isso, instrumentaliza o direito penal como mecanismo para disciplinar o cidadão à obediência e à submissão. A teoria pessoal do bem jurídico corresponde, na abordagem metodológica, a uma ética embasada em interesses[6] que, devido à imediata compreensão de seu ponto de referência, pode pretender para si um alto poder de persuasão.

3. PERSPECTIVAS TEÓRICAS PENAIS

Um modelo que obriga o direito penal à proteção de interesses e por meio deste ponto de vista o limita, ocupa ao mesmo tempo posição no conflito tradicional das

4. Os bens jurídicos são, na concepção da teoria pessoal do bem jurídico, interesses jurídicos a serem protegidos. A respeito, ver: HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer... cit., p. 166; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* cit., Vor § 1 Rn. 62.

5. HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 112.

6. HARE, Richard Mervin. *Moral thinking: its levels, method and point*. Oxford: The Clarendon Press, 1981 (Em alemão: *Moralisches Denken: seine Ebenen, seine Methode, sein Witz*. Frankfurt am Main, 1992).

teorias da pena. Obriga a pena estatal a uma função social e rejeita com isso finalidades da pena como "retribuição" e "expiação". A expiação tem seu lugar na transcendência; a retribuição, ainda que não fosse compreendida como padrão de pensamento de cunho religioso, não se trata, de qualquer maneira, de uma categoria do direito. A teoria pessoal do bem jurídico opta, forçosamente, com isso, por uma posição no campo das denominadas teorias relativas da pena.

Quando Winfried Hassemer salienta, todavia, também a sabedoria das teorias absolutas da pena,[7] concentra e diferencia claramente o conceito e a instituição da pena de um lado, de sua legitimação e finalidade de outro.[8] Ao conceito de pena, fazem justiça somente as teorias absolutas. A pena é conceitualmente uma violação de interesses que foi causada a uma pessoa por um comportamento desaprovado. Essa relação semântica se reflete na comunicação diária. A informação de que alguém foi punido provoca a pergunta "por quê?" e, nem sempre em primeiro lugar, a pergunta "para quê?" Aqui não se trata apenas de um problema linguístico. As regras linguísticas, segundo as quais se emprega o conceito de pena, refletem as estruturas da instituição social. Punir é, institucionalmente, impor um gravame a uma pessoa em reação a seu comportamento desaprovado, logo, retribuição.

Entretanto, dessa relação conceitual e institucional entre retribuição e pena não se deduz de maneira nenhuma a legitimidade da pena retributiva. Que a pena seja necessariamente retributiva não quer dizer que a pena estatal o deva ser. Enquanto se tratar da legitimação da instituição da pena, somente pode ser sustentada uma argumentação normativa. Quem quiser justificar a pena estatal por intermédio da retribuição precisa demonstrar que um mundo no qual se reage a certas violações (do lado da vítima), com determinadas violações adicionais (em relação ao autor da infração penal), *ceteris paribus*, é um mundo melhor do que aquele em que se permanece com a lesão já ocorrida à vítima. Essa argumentação não deve ocorrer para além de uma concepção religiosa ou metafísica do mundo. A necessidade da pena estatal não se justifica com as considerações da justiça terrena contrárias à interpretação da "teoria da justiça":[9] a argumentação de que o autor deve ser punido porque do contrário se trataria igualmente a desigualdade, pressupõe

7. HASSEMER, Winfried. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* cit., 1. Aufl, Vor § 1, Rn. 413. HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* cit., 2. Aufl, Vor § 1, Rn. 107, p. 272.

8. Sobre isso e de forma mais detalhada: HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 101; NEUMANN, Ulfrid. Alternativen zum Strafrecht. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Hrsg.). *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005. p. 89.

9. NEUMANN, Ulfrid; SCHROTH, Ulrich. *Neue Theorien von Kriminalität und Strafe*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980. p. 15.

o que se estaria por provar, a saber: que o autor e o não autor de um ilícito não são apenas desiguais quanto ao seu comportamento, senão que esta desigualdade justifica também a necessidade de uma reação retributiva. Por isso, o sentido e o fim da pena somente podem estar presentes em um Estado secular no campo da definição da finalidade social.

4. A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS OU GARANTIA DA NORMA?

Com o estabelecimento de uma teoria que justifica a pena estatal unicamente por meio de seu papel social, não se decidiu ainda sobre a função de proteção dos bens jurídicos. O conceito de bem jurídico, como é conhecido, se encontra aqui em concorrência com concepções alternativas que não enxergam a atuação do direito penal na proteção de bens jurídicos, mas na garantia de validade da norma.[10] O direito penal, conforme a abordagem de Jakobs, não garante a segurança dos bens, mas a validade da norma.[11] Esse modelo se comporta, por isso, de maneira alternativa em relação ao conceito de proteção dos bens jurídicos, porque na postura originalmente defendida por Jakobs a tutela dos bens mediante a garantia normativa se declara expressamente como insignificante.[12] Somente como condição cognitiva prévia de estabilização da norma se deve garantir que os crimes não aumentem excessivamente.[13] Sob este aspecto, a ocultação de delitos tem o mesmo efeito que o seu impedimento.

Este não é o espaço para uma discussão sobre o modelo da pena como proteção da norma. A objeção central contra sua idoneidade como teoria normativa do direito penal[14] estaria no fato de que assume o ponto de vista neutro do observador e com isso se afasta necessariamente do discurso tradicional sobre as questões de legitimidade do fenômeno criminalizador. No círculo dos teóricos normativos do

10. JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1991; JAKOBS, Günther. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*. Paderborn: Ferdinand Schöningh Verlag, 2004. p. 26.

11. Conferir: JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar). In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn. (Hrsg.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. München: C.H. Beck, 2000. p. 47-49.

12. JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil* cit., p. 1-16.

13. Idem, ibidem. Em trabalho posterior, a produção de efeitos preventivos foi reconhecida como função latente da pena (em adição à função manifesta de confirmação da norma). Verificar: JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft... cit., p. 50.

14. Não contra a sua adequação como arquétipo de explicações sociológico-criminais.

direito penal, o representante de uma análise do direito penal orientada de maneira funcionalmente externa é um convidado de pedra. O problema não está aqui no objetivo da proteção normativa, na qual se pode naturalmente aventurar como representante de uma teoria da prevenção geral positiva,[15] mas na absolutização deste objetivo, na renúncia a critérios materiais de legítima proteção normativa. Caso não se queira caminhar sobre gelo fino, arriscando-se com uma proteção penal da moral ou dos valores, a questão normativa decisiva é aquela que se faz sobre o âmbito protetor das normas e, com isso, mais uma vez, do bem jurídico afetado.

5. AS CRÍTICAS

O conceito de bem jurídico é um modelo de sucesso, especialmente na forma da teoria pessoal do bem jurídico.[16] Mas parece também que a crítica tem aumentado,[17] principalmente no debate alemão. Essa crítica visa, em parte, à abordagem metodológica, sobretudo ao desempenho prático do modelo. Como denominador comum, as críticas indicam: por um lado, a concepção de bem jurídico é excessivamente estreita e, por outro, muito ampla. É estreita porque não é capaz de legitimar a proteção penal de determinadas ideias e sentimentos;[18] a teoria pessoal do bem jurídico ficou ainda marcada com a suposta incapacidade de integrar bens jurídicos coletivos.[19] De outro lado, o conceito de bem jurídico é amplo demais para conseguir

15. A respeito da posição de Hassemer, conferir: HASSEMER, Winfried. Variationen der positiven Generalprävention. 1998. In: HASSEMER, Winfried. *Strafen im Rechtsstaat*. Baden-Baden: Nomos, 2000. p. 199; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 288, p. 272.

16. Conferir: KAIAFA-GBANDI, Maria. Das Strafrecht an der Schwelle zum neuen Jahrtausend: Blick in die Zukunft ohne Blick zurück in die Vergangenheit? In: PRITTWITZ, Cornelius; MANOLEDAKIS, Ioannis. (Hrsg.). *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende. Deutsch-griechisches Symposium, Rostock 1999*. Baden-Baden: Nomos, 2000. p. 43-45 (A teoria do bem jurídico como "um dos legados mais importantes da ciência penal alemã na cultura jurídica europeia"). Por fim, ver também: DUBBER, Markus. Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht. *ZStW* 117, 2005. p. 485.

17. HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 116.

18. Como exemplo: WOHLERS, Wolfgang. Die Tagung aus der Perspektive eine Rechtsgutsskeptikers. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andreas von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 281-283.

19. HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 117.

delimitar eficientemente o direito penal; a ideia de bem jurídico favorece diretamente a uma ampla antecipação do direito penal[20] e carece, além disso, mesmo quando sua lógica interna limita o direito penal, de efeitos práticos.[21] Por detrás dessas críticas existem distintos mal entendidos e também alguns problemas com sérias consequências.

5.1 Crítica à estreiteza do conceito de bem jurídico

a) Há evidentemente um equívoco na afirmação de que a teoria pessoal do bem jurídico não pode integrar bens jurídicos coletivos em seu modelo.[22] Winfried Hassemer disse o necessário sobre isso e não preciso repeti-lo aqui.[23] Apenas resumidamente: ou os bens jurídicos coletivos se deixam reduzir a bens individuais e então não há nada no caminho de sua integração ao modelo da teoria pessoal do bem jurídico, ou se entende o bem jurídico coletivo como algo autônomo e não como bem derivado passível de proteção – Palavra-chave: proteção do meio-ambiente – e então há todos os motivos para encará-lo com desconfiança.

b) Problemas maiores levantam os tipos que tratam de proteger interesses não humanos – crimes de crueldade para com os animais – ou meros sentimentos ou ideias – a que se referem normalmente o crime de violação à memória dos mortos (§ 189 StGB[NT2]) ou o crime de ofensa às confissões religiosas (§ 166 StGB[NT3]). Tais tipos deram origem à recente proposta de complementar[24] ou até mesmo substituir[25] a concepção de bem jurídico pelo reconhecimento dos chamados "crimes de

20. FRISCH. An der Grenzen des Strafrechts. In: KÜPER, Wilfried; WELP, Jürgen (Hrsg.). *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag.* Heidelberg: C.F. Müller, 1993. p. 69.

21. WOHLERS, Wolfgang. Die Tagung aus der Perspektive... cit., p. 281.

22. Sobre o problema dos bens jurídicos coletivos: HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht.* Köln: Heymanns, 2002; ANASTASOPOULOU, Ioanna. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter.* München: C.H. Beck, 2005.

23. HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer personalen... cit., p 91; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 131.

NT2 Nota do Tradutor. O tipo prevê que a conduta de depreciar a memória de uma pessoa falecida será punida com pena privativa de liberdade de até dois anos ou multa.

NT3 O § 166 dispõe, por exemplo, que quem, publicamente ou por meio da divulgação de escritos, insulta o conteúdo de crenças religiosas ou ideológicas de forma suscetível a perturbar a paz pública, é punido com pena preventiva de liberdade de até três anos ou multa.

24. HEFENDEHL, Roland. Op. cit., p. 52.

25. STRATENWERTH, Günter. Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andreas von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheo-*

conduta". Esses crimes de conduta não devem submeter à pena a provocação de danos sociais, mas penalizar uma violação a ideais de valor e comportamento da sociedade.

c) Esta é – de qualquer maneira, na segunda variante – uma concepção radical e perigosa. É radical porque joga fora *in toto* a concepção de bem jurídico para lidar com problemas que surgem em zonas fronteiriças. E é perigosa porque ela própria renuncia à tentativa de um controle normativo da tendência punitiva da sociedade e, com isso, entrega o direito penal pacificamente às ideologias dominantes.[26] Há aqui apenas três opções consideráveis.

A primeira: se designa como partidário da teoria pessoal do bem jurídico um ponto de vista heroico e se estigmatiza como ilegítimos[27] crimes como o de ofensa às confissões religiosas (§ 166 StGB). Essa é uma posição que pode ser sustentada parcialmente, mas atinge rapidamente os limites da aceitação social – talvez também os próprios limites. A segunda opção: considera-se o conceito de bem jurídico tão amplamente de forma que também a proteção de meros sentimentos e ideias pode ser atribuída à - tutela de bens jurídicos. Isso levaria a uma liquefação e a uma volatilização do conceito de bem jurídico, situação sobre a qual Winfried Hassemer, com razão e enfaticamente, alertou.[28] A terceira opção está na complementa-

---

rie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 255-257. Conferir também: STRATENWERTH, Günter. Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?. *ZStW* 105, 1993, p. 679-692; STRATENWERTH, Günter. Zum Begriff des "Rechtsgutes". In: ESER, Albin; SCHITTENHELM, Ulrike; SCHUMANN, Heribert (Hrsg.). *Festschrift für Theodor Lencker zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 1998. p. 377.

26. O conceito é entendido aqui, evidentemente, em sentido neutro, cujo emprego se encontra na sociologia do conhecimento. Na tese de que o direito penal pode ser usado legitimamente para a proteção das regras sobre as quais uma sociedade se constitui em sua identidade específica, a concepção de Stratenwerth encontra-se de modo bem diferente em relação à posição de Jakobs ("a pena é a confirmação da identidade da sociedade, da estabilidade da norma". JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft... cit., p. 49). Ao invocar a luta legítima de culturas oprimidas em favor de "suas" regras ("Em muitos lugares da Terra pessoas ainda lutam e morrem por causa de regras, de acordo com as quais querem viver como seres sociais (...)"), Stratenwerth refere-se à clara distinção que deve ser feita entre o direito de viver de acordo com suas próprias regras e o direito de oprimir, por meio do direito penal, a excepcionalidade dessas regras (STRATENWERTH, Günter. Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter... cit., p. 256-257.

27. Criticamente: HERZOG, Felix. § 166. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.). *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2005. Vor § 166 Rn. 1 (Embora, por fim, aceite o tipo a partir do ponto de vista da proteção da paz pública).

28. HASSEMER, Winfried. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* cit., 1. Aufl., Vor § 1, Rn. 265; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 122.

ção da teoria do bem jurídico por meio de abordagens - adicionais, como, por exemplo, mediante o princípio da ofensividade (*Offense Principle*).[29] Concebível seria também, além do alcance do princípio do bem jurídico, abrir mão da justificação de fatos puníveis em sentido estrito, mas tomar nota da inevitabilidade do reforço penal de valores sociais elementares como resultado sociológico. Neste ponto, outras análises são necessárias e esperadas.

5.2 Crítica à amplitude do conceito de bem jurídico

a) A acusação apresentada de que o conceito de bem jurídico é excessivamente amplo para que se possa obter, até mesmo no plano teórico, uma delimitação relevante do direito penal, não encontra uma concepção que vincule de forma consistente o bem jurídico ao conceito de interesse[30] e entenda o bem jurídico como interesse jurídico a ser protegido. O certo é que, de fato, a discussão da *dogmática penal* mostra uma tendência à ontologização do conceito de bem jurídico, cuja consequência no final das contas pode ser lançar o bem jurídico *contra* os próprios interesses daquele que deveria ser protegido. Este acaba atuando, em um modelo de bem jurídico substancializado, apenas como "portador" substituível do bem jurídico.

b) Um exemplo drástico ilustra a atual discussão sobre a eutanásia, na qual palpita o bem jurídico vida, para se retirar do paciente a decisão autônoma sobre sua morte – como se a vida não fosse *dele*, ele deve litigar o término dela com o Estado. Aqui o direito à vida é transformado, como resultado, em um dever à vida – um erro de categoria que leva tendencialmente a uma tirania do bem jurídico em relação ao seu detentor.[31]

c) O mesmo problema se apresenta com a greve de fome feita por presos. Aqui, medidas coercitivas e violentas também são justificadas em relação ao "portador" do bem jurídico para se proteger o bem jurídico "vida".[32] Na teoria pessoal do bem

29. Para tanto, ver: HIRSCH, Andreas von. Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle". In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andreas von; WOHLERS, Wolfgang. (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 22; HIRSCH, Andreas von. Belästigendes Verhalten. Gibt es ein strafrechtliches Belästigungsprinzip?. In: ARNOLD, Jörg; BURKHARDT, Björn; GROPP, Walter; HEINE, Günter; KOCH, Hans-Georg; LAGODNY, Otto; PERRON, Walter; WALTHER, Susanne (Hrsg.). *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2005. p. 189.

30. Conferir, acima, a nota 5.

31. Crítica em: NEUMANN, Ulfrid; KINDHÄUSER, Urs; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.). *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2005. Vor § 211, Rn. 3.

32. Conferir: HERZBERG, Rolf Dietrich. Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, dargestellt am Beispiel des Gefangenensuizids und der strafrechtlichen Verantwortung der Vollzugsbediensteten, *ZStW* 91, 1979, p. 557.

jurídico não se poderia firmar tais reinterpretações; a proteção penal de interesses justifica direitos, mas não deveres do protegido. Ameaças penais duramente paternalistas não são acobertadas pela teoria pessoal do bem jurídico.

d) A outra objeção, de que a ideia de bem jurídico favorece a uma ampla antecipação do direito penal[33] deve ser levada a sério, mas pode ser eliminada em um modelo complexo de um direito penal baseado no bem jurídico, pois a existência de um bem jurídico apresentável é meramente uma necessidade, mas não condição suficiente para a legitimidade de uma ameaça penal. Evidentemente a concepção de bem jurídico não pode por si só realizar a necessária limitação do direito penal.[34] Ela é atribuída, conforme ressaltou Winfried Hassemer, à complementação por meio de princípios normativos, como os princípios da proporcionalidade e da *ultima ratio*.[35] Aliás, limitações advêm da própria instituição da pena. Como instituição retributiva, a pena exige um comportamento anterior, que "merece" a imposição de uma sanção mediante medidas duras.[36] A partir de pontos de vista preventivos tão somente, a pena também se torna injustificável em um direito penal baseado na proteção de bens jurídicos.

e) A objeção da falta de vigor prático do conceito de bem jurídico repousa também em um mal-entendido. Não se conhece as potencialidades de um modelo jurídico quando, por exemplo, se afirma contra o poder crítico do conceito de bem jurídico, que a reforma dos crimes sexuais não foi um sucesso da teoria do bem jurídico, mas "simplesmente a consequência das percepções sociais modificadas em relação à sexualidade".[37] A teoria do bem jurídico não é um catecismo que se impõe a ferro e fogo, que transformaria moralistas do direito penal obstinados em liberais confessos. A concepção de bem jurídico depende, como todo modelo jurídico, de um clima intelectual e social que lhe ofereça apoio e permita o seu estabelecimento. A dependência entre modelo científico e desenvolvimento social se apresenta também na direção contrária: novas percepções sociais não se concretizam por si só, mas devem ser impostas de forma argumentativa; e para o estabelecimento (e ma-

33. FRISCH. Op. cit., p. 72.

34. Verificar a nota 3.

35. HASSEMER, Winfried. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* cit., 1. Aufl., Vor § 1, Rn. 293; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 151, p. 272.

36. Quanto ao pressuposto da "culpabilidade", ver: HASSEMER, Winfried. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* cit., 1. Aufl., Vor § 1, Rn. 183; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 49, p. 272.

37. WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*. Berlin: Springer, 2000. p. 279; WOHLERS, Wolfgang. Die Tagung aus der Perspektive... cit., p. 281.

nutenção) de um direito penal liberal, a concepção de bem jurídico é um auxílio argumentativo.[38] Nem mais, nem menos. Ou seja: o modelo de bem jurídico dificulta a criminalização para além do núcleo do direito penal e força seus proponentes a estratégias argumentativas arriscadas. Para tanto, mencionamos dois exemplos conclusivos.

aa) O primeiro exemplo: apresentado no outono de 2005 por vários autores, no "projeto alternativo de morte assistida"[39] foi proposta a introdução de um crime de "apoio ao suicídio com finalidade de lucrar". Como resultado, deve ser punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou com pena de multa quem "apoia o suicídio de outro com a finalidade de obter lucro" (§ 215a do projeto). O tipo penal visa evidentemente às atividades das chamadas organizações de auxílio à morte e deve intervir, de acordo com a vontade dos autores do projeto, quando, mediante a exploração da pessoa que deseja cometer suicídio, exige-se pagamento em dinheiro que é superior aos custos e às despesas, bem como à remuneração razoável; não é necessário que seja feita uma exigência de "grande montante" ou que seja exercida pressão sobre a pessoa que voluntariamente deseja se suicidar.[40]

O bem jurídico tutelado de tal norma não pode ser, evidentemente, a vida,[41] pois contra o suicídio autônomo (e também contra ações destinadas a seu apoio) o bem jurídico "vida" não é penalmente protegido. Qual seria então o bem jurídico que tal tipo traz consigo? Os autores do texto legal respondem a essa pergunta: "o bem jurídico de tal norma seria (...) a exploração da situação de uma pessoa letalmente doente que, em razão da busca por lucro, é eticamente condenável".[42] Mas que a redação seja defeituosa, não se trata de uma falta de jeito linguística, senão da dificuldade objetiva de se produzir aqui um bem jurídico viável. Como razão compreensível da criminalização proposta permanece apenas a ética repreensível da ação mencionada pelos autores do texto. Porém, a imposição de uma sanção penal (tão

38. Sobre a função crítica desempenhada pela concepção de proteção do bem jurídico em relação ao legislativo (definição dos critérios que *não* podem justificar uma criminalização): ROXIN, Claus. Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts? In: HEFENDEHL, Roland. (Hrsg.). *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*. Köln: München, 2005. p. 135.

39. SCHÖCH, Heinz; VERREL, Torsten. *Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB), GA* 2005. p. 553. O projeto foi elaborado por uma equipe interdisciplinar, da qual se destacam vários professores, membros de um grupo de trabalho composto por professores de direito penal da Alemanha, Áustria e Suíça. (Nota do Tradutor.)

40. Idem, p. 582.

41. Idem, ibidem. A localização proposta de um tipo correspondente aos delitos contra a vida também deveria ser, na visão dos autores do projeto, contrária ao sistema.

42. Idem, ibidem.

somente) em virtude de um comportamento antiético, é incompatível com a teoria do bem jurídico.

bb) O segundo exemplo: na discussão parlamentar sobre a punição da posse de pornografia infantil argumentou-se que, diante da evidente abjeção a este comportamento, a questão sobre o bem jurídico não era significativa.[43] Por trás de tal ideia, está visível a conclusão de que é difícil ou impossível se justificar o tipo mediante considerações pertinentes ao bem jurídico. E por trás disso encontra-se a concessão de que crimes devem ser legitimados, em princípio, sob o ponto de vista da proteção do bem jurídico. Estas são concessões que estão abertas à crítica do direito penal. A missão e a função da teoria do bem jurídico é permitir essa crítica. Mais do que isso não se pode esperar de uma teoria jurídica.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANASTASOPOULOU, Ioanna. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*. München: C.H. Beck, 2005.

DUBBER, Markus. Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht. *ZStW* 117, 2005.

FRISCH. An der Grenzen des Strafrechts. In: KÜPER, Wilfried; WELP, Jürgen (Hrsg.). *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C.F. Müller, 1993.

HARE, Richard Mervin. *Moral thinking: its levels, method and point*. Oxford: The Clarendon Press, 1981.

HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre. In: HASSEMER, Winfried. *Strafen im Rechtsstaat*. Baden-Baden: Nomos, 2000.

_____. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 1994.

_____. Variationen der positiven Generalprävention. In: HASSEMER, Winfried. *Strafen im Rechtsstaat*. Baden-Baden: Nomos, 2000.

_____; NEUMANN, Ulfrid. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2005.

HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Heymanns, 2002.

HERZBERG, Rolf Dietrich. Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, dargestellt am Beispiel des Gefangenensuizids und der strafrechtlichen Verantwortung der Vollzugsbediensteten. *ZStW* 91, 1979.

43. STAECHELIN, Gregor. Interdependenzen zwischen der Rechtsgutstheorie und den Angriffswegen auf die dadurch bestimmten Güter. In: LÜDERSSEN, Klaus. (Hrsg.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? (Legitimationen)*. Baden-Baden: Nomos, 1998. Bd. 1, p. 239.

HERZOG, Felix. § 166. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.). *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2005.

HIRSCH, Andreas von. Belästigendes Verhalten. Gibt es ein strafrechtliches Belästigungsprinzip?. In: ARNOLD, Jörg; BURKHARDT, Björn; GROPP, Walter; HEINE, Günter; KOCH, Hans-Georg; LAGODNY, Otto; PERRON; WALTHER, Susanne (Hrsg.). *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2005.

_____. Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle". In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andreas von; WOHLERS, Wolfgang. (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*. Baden-Baden: Nomos, 2003.

JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar). In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn. (Hrsg.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. München: C.H. Beck, 2000.

_____. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*. Paderborn: Ferdinand Schöningh Verlag, 2004.

_____. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.

KAIAFA-GBANDI, Maria. Das Strafrecht an der Schwelle zum neuen Jahrtausend: Blick in die Zukunft ohne Blick zurück in die Vergangenheit? In: PRITTWITZ, Cornelius; MANOLEDAKIS, Ioannis. (Hrsg.). *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende. Deutsch-griechisches Symposium, Rostock 1999*. Baden-Baden: Nomos, 2000.

NEUMANN, Ulfrid. Alternativen zum Strafrecht. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Hrsg.). *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005.

_____; KINDHÄUSER, Urs; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.). *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*. In: Baden-Baden: Nomos, 2005.

_____; SCHROTH, Ulrich. *Neue Theorien von Kriminalität und Strafe*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980.

ROXIN, Claus. Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts? In: HEFENDEHL, Roland. (Hrsg.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*. Köln: München, 2005.

SCHÖCH, Heinz; VERREL, Torsten. *Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB)*, *GA*. 2005.

STAECHELIN, Gregor. Interdependenzen zwischen der Rechtsgutstheorie und den Angriffswegen auf die dadurch bestimmten Güter. In: LÜDERSSEN, Klaus. (Hrsg.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? (Legitimationen)*. Baden-Baden: Nomos, 1998. Bd. 1.

STRATENWERTH, Günter. Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andreas von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003.

_____. Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?. *ZStW* 105, 1993.

_____. Zum Begriff des "Rechtsgutes". In: ESER, Albin; SCHITTENHELM, Ulrike; SCHUMANN, Heribert (Hrsg.). *Festschrift für Theodor Lencker zum 70. Geburtstag.* München: C.H. Beck, 1998.

WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte.* Berlin: Springer, 2000.

_____. Die Tagung aus der Perspektive eine Rechtsgutsskeptikers. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andreas von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Bem jurídico penal: algumas compreensões, breves reflexões, de Davi Castro Silva – *RCP* 10/190-210, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/1209-1227 (DTR\2009\36);
- Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico, de Alessandro Baratta – *RBCCrim* 5/5-24, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/495-522 (DTR\1994\603);
- O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque, de Claus Roxin, traduzido por Alaor Leite – *RT* 922/291-322 (DTR\2012\450348);
- O que protege o direito penal? bens jurídicos ou vigência da norma?, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 97/143-182 (DTR\2012\450320);
- Teoria do bem jurídico e estrutura do delito, de Wolfgang Wohlers – *RBCCrim* 90/97-106 (DTR\2011\1586); e
- Uma teoria social do bem jurídico, de Roland Hefendehl – *RBCCrim* 87/103-120 (DTR\2010\859).

Homicídio passional – Uma discussão entre crime privilegiado e qualificado

Crime of passion, aggravated crime or voluntary manslaughter?

Carla Viviane Bertoch Baptista

Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel (2014). Advogada.
advcarlab@hotmail.com; carlab.baptista@hotmail.com

Área do Direito: Penal

Resumo: O homicídio passional existe desde épocas mais remotas, porém, vem causando notoriedade nos últimos anos pela quantidade de casos e pelas motivações desvalidas, motivações estas que podem estar diretamente ligadas aos sentimentos. O presente trabalho tem por objetivo esclarecer a classificação mais aceitável ao homicídio passional em relação a ser privilegiado ou qualificado, de modo que indique uma vertente a ser seguida. Para isso, realizar-se-á um breve estudo a respeito do homicídio no geral, do homicídio passional em específico, bem como suas motivações, abrangendo jurisprudências e destacando os casos mais notáveis no Brasil. Em suma, apesar de ter havido muitas divergências em relação às decisões do homicídio passional, atualmente há uma inclinação maior para a configuração de homicídio qualificado.

Palavras-chave: Homicídio – Passional – Privilegiado – Qualificado – Paixão.

Abstract: Homicide passion existed since earliest times, but has caused notoriety in recent years by the number of cases and the underprivileged motivations, motivations which they are directly linked to feelings. This paper aims to clarify the more acceptable classification to passionate murder about being privileged or qualified, so as to indicate a tendence to follow. To do so, it will perform a brief study on homicide in general, in particular the murder of passion as well as their motivations, including jurisprudence and highlighting the most notable cases in Brazil. In short, although there are many differences in relation to the decisions of passionate murder, currently there is a greater inclination for configuring qualified murder.

Keywords: Homicide – Passional – Privileged – Qualified – Passion.

Sumário: 1. Introdução – 2. O crime de homicídio – 3. Evolução histórica do homicídio passional – 4. Principais motivadores do homicídio passional elencados pela literatura: 4.1 Legítima defesa da honra; 4.2 Amor e paixão; 4.3 Ciúme; 4.4 Vingança – 5. O direito e o homicídio passional: 5.1 A causa privilegiadora no homicídio passional: 5.1.1 Emoção violenta do agente; 5.1.2 Injusta provocação da vítima; 5.1.3 Sucessão imediata entre a provocação e a reação; 5.2 A qualificação no homicídio passional: 5.2.1 Motivo torpe e motivo fútil; 5.2.2 Traição e emboscada – 6. Entendimento dos Tribunais Superiores e do STJ – atualmente – ao qualificar ou privilegiar o

homicídio passional – 7. Casos notáveis de homicídios passionais no Brasil: 7.1 Caso Augusto Carlos Eduardo da Rocha Monteiro Gallo e Margot Proença; 7.2 Caso de Guilherme de Pádua com Paula Nogueira Thomaz e Daniella Perez; 7.3 Caso Antônio Marcos Pimenta Neves e Sandra Florentino Gomide; 7.4 Caso Lindemberg Alves e Eloá Cristina Pimentel; 7.5 Caso Mizael Bispo e Mércia Nakashima – 8. Considerações finais – 9. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A vida é o bem mais precioso do homem,[1] todo indivíduo tem o direito de gozá-la e desfrutá-la. Sendo assim, o homem sempre agiu impondo penas para aqueles que tirassem a vida do próximo. No entanto, cabe ao Estado o dever de proteger todas as pessoas, mas como não pode estar em todos os lugares a todo o momento, "tem o dever de acionar prontamente os seus mecanismos legais para a efetiva imposição de sanção penal à transgressão no caso concreto" (CAPEZ, 2010, p. 20).

A conduta de "matar alguém" está tipificada no Código Penal, em seu art. 121, em que dispõe, também, as qualificadoras que poderão recair sobre o agente. Segundo Capez (2010, p. 23) "homicídio é a morte de um homem provocada por outro homem. É a eliminação da vida de uma pessoa praticada por outra pessoa". O homicídio enquadra-se tanto na ação quanto na omissão. Na conduta positiva o agente executa a ação, já na conduta omissiva o agente se omite, nada faz, mediante a possibilidade de poder fazer algo para evitar.

O homicídio, bem como qualquer outro crime, tem como motivo os mais diversos. Quando cometido por meio de tortura, emboscada, por motivo fútil, entre outros dispostos nos incs. I, II, III, IV e V do art. 121 do CP, é considerado homicídio qualificado. Alguns são cometidos por relevante valor social ou moral, razão pela qual pode o agente receber privilégios que serão analisados e fixados pelo juiz.

Uma das modalidades de homicídio que vem alcançando notoriedade nos últimos tempos é aquele em que os motivos em destaque são os ciúmes, a vingança, a posse da pessoa amada. São os chamados homicídios passionais, em que são inerentes ao agente a não aceitação do fim do relacionamento amoroso, envolvendo aspectos psicológicos ou sociais (FERLIN, 2010).

---

1. Agradecimento à orientadora Dra. Caroline de Cássia Francisco Buosi. Doutoranda em Psicologia Experimental – Análise do Comportamento pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduada em Psicologia Analítico Comportamental pela Unipar. MBA em Recursos Humanos pela Unioeste. Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel (2007) e graduação em Psicologia pela Universidade Paranaense (2006).

Este tipo de crime acontece desde épocas mais remotas e vem aumentando cada vez mais, vitimando principalmente as mulheres. Lamentável, pois, esse fato distancia a sociedade do que se conhece por "sociedade evoluída". Além de ferirem o principal direito fundamental, que é o direito à vida, fere também o direito a liberdade e a segurança. O agente homicida, além de criminoso, está sendo egoísta e possessivo, por isso a sociedade se comove e se revolta quando se depara com crimes desse patamar (GAIA, 2010, s. p.).

Neste enfoque, surge o problema principal, que se insere no âmbito do Direito Penal, no Direito Processual Penal, com influência da Psicologia Jurídica, a ser elucidado por esta pesquisa: os homicídios conhecidos como homicídios passionais, que são aqueles em que o agente deseja a posse da pessoa amada ou, ainda, cometida por ciúmes ou vingança, poderão se encaixar nos homicídios qualificados ou privilegiados?

Em verdade, pela demanda de homicídios que vem sendo praticado, com a justificativa de terem sido cometidos por amor, por traição e motivos afins, vemos a necessidade de incorporar um raciocínio comum, partindo de um estudo abrangente, para que os agentes de tais condutas sejam condenados de igual maneira na medida de seus atos (GAIA, 2010).

O fato da motivação do crime ser fútil ou relevante nos traz à tona a necessidade de aprofundar no assunto para que possamos conhecer as normas positivadas que se aproximam desse tipo de crime e concluir qual dessas normas deveria ser aplicada.

Uma das finalidades primordiais deste artigo é encontrar a classificação mais plausível para o homicídio em destaque. De forma tal que serão explorados artigos científicos, legislações, jurisprudências e pensamentos doutrinários, apontando-se os mais adequados para a aplicação ao caso concreto.

2. O CRIME DE HOMICÍDIO

O ser humano mata seus semelhantes desde a aurora dos tempos. O primeiro homicídio conhecido na história da humanidade, segundo Greco (2007) é o relatado na Bíblia no livro de Gênesis, Capítulo 4, versículo 8, que foi cometido por Caim contra seu irmão Abel.

Segundo Coura (2010), o Brasil é o 13.° país do mundo no *ranking* de homicídios, atrás dos centros de ineficiência do Poder Público como Honduras, Venezuela e Jamaica.

Para Magalhães Noronha (1999), a definição clássica para homicídio é que homicídio (de *hominisexcidium*) é a violenta *hominiscoedesab homini injustepatrata* (violenta ocisão de um homem injustamente praticada por outro).

Está previsto no art. 121 do CP, que dispõe no *caput* a conduta comissiva de "matar alguém" com pena de reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos. Logo em seguida, reza o artigo sobre os casos de diminuição de pena que gira em torno do agente ter cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Nesse caso o juiz tem a faculdade de reduzir a pena de um sexto a um terço.

A forma qualificada do crime de homicídio se define por cinco incisos dentro do art. 121,[2] todavia o objeto de estudo desse artigo se limita aos incs. I (segunda parte), II e IV, sendo eles: motivo torpe, motivo fútil, traição e emboscada.

Dentre todos os tipos de homicídios existentes, o passional vem se destacando cada vez mais, como nos afirma Eluf (2007, p. 114):

"A literatura mundial está repleta de romances que relatam homicídios passionais. Tanto se escreveu sobre o tema, e de forma por vezes tão adocicada, que se criou uma aura de perdão em torno daquele que mata seu objeto de desejo. O homicídio passional adquiriu glamour, atraiu público imenso ao teatro e, mais modernamente, ao cinema; foi, por vezes, tolerado, resultando disso muitas sentenças judiciais absolutórias até que a sociedade, de maneira geral, e as mulheres, de forma especial, por serem as vítimas prediletas dos tais 'apaixonados', insurgiram-se contra a impunidade e lograram mostrar a inadmissibilidade da conduta violenta 'passional'".

Como descreve a autora, de fato os crimes passionais chocam a sociedade em virtude da repudia inaceitável do "matar por amor" por razões morais e psicológicas. Tal inadmissibilidade fez com que por um crime passional,[3] por exemplo, o homicídio qualificado se transformasse em crime hediondo (Lei 8.072, de 25.07.1990), que é o caso de Daniella Perez quando sua mãe, a escritora Glória Perez, colheu 1,3 milhão de assinaturas para que o homicídio qualificado entrasse para o rol dos crimes hediondos (PINHO, 2009).

2. "Art. 121. (...) Homicídio qualificado. § 2.º Se o homicídio é cometido: I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II – por motivo fútil; III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime."

3. Segundo Pinho (2009), o crime abalou o país pela violência: "Daniella foi morta aos 22 anos com 18 golpes de tesoura (...) O caso teve tanta repercussão e comoção nacional que Glória Perez colheu 1,3 milhão de assinaturas na tentativa de mudar a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), editada pelo governo Fernando Collor em 1990. (...) A campanha empreendida por Glória Perez resultou numa emenda popular para alterar a lei e incluir nela o crime de homicídio qualificado".

Destaca-se, segundo Ferlin (2010) que este tipo de crime tem alcançado nível categoricamente inadmissível, uma vez que cerca de 10 mulheres são diariamente assassinadas, segundo pesquisa divulgada pelo Instituto Sangari, em reportagem ao Jornal Nacional. É verdade que os homicídios passionais também são cometidos por mulheres, possivelmente, motivadas pelos mesmos motivos dos homens, mas o maior número de vítimas, nesses casos, ainda é de mulheres.

Contudo, independente da motivação, o que é inquestionável é a responsabilidade penal do agente homicida. Seguindo a linha de raciocínio de Oliveira (2006), a responsabilidade é a obrigação que alguém tem de arcar com implicações jurídicas do crime. É o dever do indivíduo de prestar contas de sua ação.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO HOMICÍDIO PASSIONAL

O homicídio passional é assim denominado por ser um crime que deriva da paixão, do ciúme, de um sentimento amoroso e da possessão. É nada mais do que uma vingança privada em que aquele que se sente ofendido utiliza-se de seus próprios métodos para resolver seus aborrecimentos (TOIGO, 2010).

Segundo Eluf (2007) esses homicídios, ditos passionais, são cometidos por "paixão", todo crime é de certo modo passional, por se resultar de uma paixão no sentido vasto do termo. Porém, convencionou-se, na linguagem jurídica identificar de 'passional' somente os crimes cometidos a partir de um liame entre as partes, um relacionamento amoroso ou sexual.

No Brasil, o homicídio passional transcorreu de um histórico social marcado pelo preconceito de gênero. Esse crime já teve sua sentença decretada de diversas formas, ora o autor do delito era absolvido, ora condenado. Na fase colonial, era permitido que o homem matasse sua mulher diante da traição dela, após o advento do Código de 1830, eliminou-se essa permissão. Houve um período, na vigência do Código de 1890, que o homicídio cometido sob estado de perturbação dos sentidos e da inteligência era alvo do perdão judicial, estando aí compreendidas a cólera e o descontrole do homem que surpreendia sua mulher em adultério (GAIA, 2010).

Após o Código Penal de 1890, entrou em vigor o Código Penal atual, no ano de 1940, que extinguiu a excludente de ilicitude, substituindo-a pela figura do homicídio privilegiado. Sabe-se que esse homicídio é crime e, ainda que não previsto expressamente na legislação brasileira vigente, se enquadra no art. 121 do CP, bem como em suas qualificadoras quando associado ao motivo torpe e fútil, por traição ou emboscada.

Segundo Eluf (2007), até os anos 1960 os autores desses homicídios ainda podiam ser absolvidos no Brasil, por legítima defesa da honra, já nos anos 1970 a impunidade começa a diminuir com a autuação dos movimentos feministas.

Até meados dos anos 1960, a absolvição era baseada na ofensa da honra ao marido quando a mulher cometeu o adultério, era como se o marido tivesse o direito de matar sua companheira. Atualmente, entende-se que o adultério não coloca o marido ofendido em estado de legítima defesa, pois, a mulher adúltera, em verdade, não preservou sua própria honra e não a do seu companheiro. Sendo assim, conclui-se que não existe honra conjugal, ela é pessoal, ou seja, própria de cada um dos cônjuges (GAIA, 2010).

Em verdade, os tribunais se deparam com poucos casos de homicídios passionais realizados por mulheres. Raramente se defrontam com casos de mulheres possessivas e vingativas que não toleram a recusa de seus amados e se acham no direito de matar. O fato de isso ocorrer vai de encontro à forma como a sociedade impôs a educação, em relação ao marido e a família, das mulheres. As mulheres sempre foram duramente tratadas quando cometiam o adultério, já os homens foram tratados com grande benevolência quando tivessem o mesmo comportamento (ELUF, 2007).

Tudo isso remete às circunstâncias e motivações dos homicídios passionais ocorridos no Brasil, que são influenciados pela questão da

"desobediência da vítima, que não aceita ser dominada pelo agente, este que, tem em seu consciente a ideia de possuidor e chefe de todas as situações do relacionamento, obrigando que a companheira viva sob suas ordens, comportando-se nada mais, como um súdito que deseja ver seus desejos realizados, caso contrário, imporá uma pena. Pena drástica, ceifar uma vida por circunstâncias alheias a vontade da vítima" (NASCIMENTO, 2010).

Felizmente, a legislação mudou e absolver o homicida passional já não ocorre mais. Desde 1940, início da vigência do Código Penal atual, o homicida passional responde por seus atos, não mais sendo absolvido. Provada a autoria do acusado, verifica-se a motivação que o levou a cometer o crime e esta condicionará à qualificação da pena ou a imposição de privilégio a mesma, jamais o absolvendo, seja por qualquer motivação alegada.

Por todo o exposto, tem-se que o crime passional trata-se de crime contra a vida, sendo enquadrado nas espécies de homicídio. Ademais, o homicídio se sobressai entre os crimes mais graves, pois é o atentado contra a fonte da segurança geral. Desse modo, deve ser pautado que todos os bens públicos e privados, todas as instituições se alicerçam sobre o respeito entre os indivíduos que compõem o conjunto social (CAPEZ, 2010), e essa deve ser a premissa maior.

4. PRINCIPAIS MOTIVADORES DO HOMICÍDIO PASSIONAL ELENCADOS PELA LITERATURA

Convencionou-se chamar de crimes passionais, aqueles cometidos por razão de relacionamento sexual ou amoroso, assim descreve Eluf (2007, p. 156):

"Em uma primeira análise, superficial e equivocada, poderia parecer que a paixão, decorrente do amor, tornaria nobre a conduta do homicida, que teria matado por não suportar a perda de seu objeto de desejo ou para lavar sua honra ultrajada. No entanto, a paixão que move a conduta criminosa não resulta do amor, mas sim do ódio, da possessividade, do ciúme ignóbil, da busca da vingança, do sentimento de frustração aliado à prepotência, da mistura de desejo sexual frustrado com rancor".

Fato é que há sempre uma motivação, uma causa, de alguém se predispor a cometer um homicídio, por mais atroz que seja sempre há um fator que leva o indivíduo a promover tal ato. Por isso todas as motivações devem ser levadas em consideração para a elucidação do crime.

Isso porque, nada existe fora de um liame, ou seja, se há homicídios passionais, se há crimes em razão da dor moral, em razão do amor próprio ferido, é porque há causa, há fatores internos e externos relacionados a esse sentimento que motiva o indivíduo (FERLIN, 2010).

4.1 Legítima defesa da honra

Como já ressaltado, a legítima defesa da honra era comumente utilizada pelos defensores dos acusados nos tribunais, para justificar suas condutas. Essa ideia surgiu na legislação portuguesa e foi trazida para o Brasil, quando foi admitido que o marido matasse a mulher e seu amante, se fossem surpreendidos cometendo adultério, porém essa legislação não era reconhecida juridicamente (TOIGO, 2010).

O Código Penal Brasileiro de 1890 trouxe a figura da excludente de ilicitude da "perturbação dos sentidos e da inteligência", excludente essa que os defensores acabaram se ancorando para suprir a falta da estratégia. Posteriormente, conforme Eluf (2007, p. 164):

"O Código Penal promulgado em 1940, ainda em vigor, eliminou a excludente de ilicitude referente à 'perturbação dos sentidos e da inteligência' que deixava impune os assassinos chamados de passionais, substituindo a dirimente por uma nova categoria de delito o 'homicídio privilegiado'. O passional não ficaria mais impune, apesar de receber uma pena menor que atribuída ao homicídio simples. Na população, porém, permanecia a ideia de que o homem traído tinha o direito de matar a mulher".

A partir daí o texto legal não permitiria que o assassino passional ficasse impune, porém, os defensores, por sua vez insatisfeitos, buscavam a absolvição de seus clientes (ELUF, 2007).

Surgiu assim, a legítima defesa da honra que, conforme Eluf (2007, p. 165), "(...) os jurados aceitavam, sem muito esforço, para perdoar a conduta criminosa".

Pois, naquela época era gritante a diferença entre homens e mulheres, em que as mulheres eram discriminadas. Os jurados viam o homicida passional com benevolência, pois era considerada uma afronta aos direitos do marido a mulher cometer adultério.

Todavia, é fato que a honra é considerada como direito, conforme prevê a Constituição Federal no art. 5.º, X: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Porém, não se encontra a legítima defesa da honra em nosso ordenamento, somente se admite a legítima defesa física.

Tampouco a legítima defesa da honra existe na vida real, pois, os motivos que levam o indivíduo a praticar um homicídio passional estão ligados ao sentimento de vingança, ódio, ciúmes e vaidade ferida (GAIA, 2010).

Com a reforma do Código Penal em 1940 e a nova Constituição Federal de 1988, caiu por terra a legítima defesa da honra, fato que instigou os defensores a procurar outra tese de defesa (ELUF, 2007). Apesar disso, segundo Beraldo Junior (2004), alguns doutrinadores defendem a legítima defesa da honra até os dias atuais, pois justificam que o comportamento da vítima é que estimula a prática delitiva, pois os autores do delito não estão dispostos a conviver com o adultério, a desonra e a traição.

Entretanto, a "honra", defendida erroneamente pelos passionais, representa claramente o sentimento de machismo daqueles que consideram um direito seu a fidelidade e a submissão feminina (GAIA, 2010), isso só demonstra que o homem que mata sua mulher, alegando "honra", quer exercer o ilimitado direito de posse que julga ter sobre ela (ELUF, 2007).

Destarte, se aceita majoritariamente a tese que a legítima defesa da honra caiu em desuso em razão da evolução social. A Constituição Federal de 1988 reconhece direitos iguais para homens e mulheres. Entende-se, atualmente, que a tese de legítima defesa da honra como justificativa para praticar o homicídio passional, é inconstitucional. Como descreve Eluf (2007, p. 199):

"A tese da legítima defesa da honra, que levou à absolvição ou à condenação a penas muito pequenas de autores de crimes passionais, já não é mais aceita em nossos tribunais. A honra do homem não é portada pela mulher. Honra, cada um tem a sua. Aquele que age de forma indigna deve arcar pessoalmente com as consequências de seus atos. Sua conduta não contamina o cônjuge (...) A tese de legítima defesa da honra é inconstitucional, em face da igualdade dos direitos entre homens e mulheres assegurada na Constituição Federal de 1988 – art. 5.º – e não pode mais ser mais alegada em plenário do júri, sob pena de incitação à discriminação do gênero".

Nesse sentido, é claro que a igualdade de todos perante a lei é absoluta – art. 5.º, *caput*, da CF.[4] As mulheres não podem ser submissas aos seus maridos, bem como estes não poderão ser daquelas. Devem ser respeitados seus direitos de escolha, tanto para eventual pluralidade de parceiros como para toda e qualquer decisão realizada por ela. Uma vez que a honra é um bem pessoal e intransferível, sendo assim, a honra do marido não está na mulher e vice-versa. Um comportamento reprovável por parte de um dos cônjuges não deve afetar o outro (GAIA, 2010).

4.2 Amor e paixão

O amor é um sentimento que provém de condutas que envolvem a tolerância, humildade, gratidão, generosidade. O verdadeiro amor é voltado para outro ser humano e visa proteger o amor que tem para consigo mesmo (AMARO, 2006). Já a paixão, que por vezes é confundido com o amor, é um sentimento mais doloroso, forte, intenso, por vezes dominador, que pode incidir de forma benéfica ou prejudicial a quem se encontra sob ele (QUEIROZ, 2012).

Para Eluf (2007, p. 111), a paixão anda ao lado da intensidade:

"Paixão não é sinônimo de amor. Pode decorrer do amor e, então, será doce e terna, apesar de intensa e perturbadora; mas a paixão também resulta do sofrimento, de uma grande mágoa, da cólera. Por essa razão, o prolongado martírio de Cristo ou dos santos torturados é chamado de 'paixão'".

A partir dessa afirmação, verifica-se que não se pode analisar o homicídio passional apenas pelo aspecto criminal, pois a paixão de que leva ao crime, se trata de um sentimento que provoca uma conduta movida por diversos fatores, a paixão em si é um sentimento comum entre as pessoas. Por isso, não é porque o indivíduo está envolvido pela paixão que, involuntariamente, matará a pessoa de seu desejo. Há outros aspectos que, conjuntamente com a paixão, motiva a realização do crime (SCOTTI, 2012).

Os aspectos salientados são influenciados por fatores externos e internos da vida de um indivíduo. Podem ser influências vindas da sociedade em que este convive, maus-tratos, complexo de inferioridade, dentre outros. Pois, nada existe por acaso. Nada existe fora a relação causa-efeito.

A partir disso, entende-se que o indivíduo que comete o homicídio passional, assim o faz por viver a sua vida sentimental preocupando-se apenas consigo mesmo

4. "Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)."

e com suas necessidades, com seu sentimento de autoafirmação, sem se questionar sobre a vontade do outro, sem respeitar o livre-arbítrio de escolha de seu parceiro. A paixão que ele sente pode ser dita como egoísta, pois para que se sinta bem necessita subjulgar o outro, punindo-o quando sentir for preciso, podendo até tirar-lhe a vida (FERLIN, 2010).

Todavia, sabe-se que na maioria dos homicídios passionais o agente não era um criminoso. Em muitos casos, matar a pessoa amada foi o primeiro e último crime cometido por essa pessoa, porque "as pessoas apaixonadas, em geral, se tornam impacientes, perigosas. Perdem o senso de perspectiva. Perdem o senso de humor. Ficam nervosas, tornam-se psicóticas, podendo, então, virar assassinos" (BUKOWSKI, 2012, s. p.).

O fato é que a paixão não pode ser usada para perdoar o assassinato, somente para explicá-lo, pois é possível notar rápido os motivos que levam uma pessoa envolvida por emoções violentas e contraditórias a matar alguém, destruindo não apenas a vida da vítima, mas, na maioria das vezes, sua própria vida, no sentido físico e psicológico. Todavia, sua conduta, não perde a característica criminosa e repugnante, o que remete a rejeição social (ELUF, 2007).

Portanto, deve-se considerar que, aquele indivíduo que se encontra envolvido sob ardente paixão, a ponto de planejar a morte de quem o rejeitou ou traiu, faça um intenso tratamento psicológico e que não utilize do argumento "amar demais" para tirar o bem mais precioso de uma pessoa, a sua vida (FERREIRA, 2009).

4.3 Ciúme

O ciúme é um sentimento que causa inquietação, insegurança psicológica. Pode estar associado a uma ameaça de perda e de concorrência (QUEIROZ, 2012). Para Silva (1968), o ciúme é um vício da imaginação, ou seja, o indivíduo faz a projeção de uma imagem substitutiva, simbólica, inconsciente, na tela sensorial do cérebro.

Em verdade, o ciúme é um sentimento totalmente voltado para si mesmo, egocêntrico. É como que um direito de propriedade que foi, ou se acha ameaçado, de ser usurpado (QUEIROZ, 2012).

Suas principais causas são:

"insegurança psicológica, imaturidade afetiva, desestruturação emocional, julgamento que a pessoa faz do envolvimento do outro, orgulho avassalador que não suporta rivalidades e egoísmo, que faz com que o ciumento veja aqueles que estão a sua volta como suas posses. Alguns especialistas afirmam também que o ciúme pode estar relacionado a problemas de infância e a deficiências psicológicas" (GAIA, 2010, p.48-49).

Existem diferentes graus de ciúmes, talvez o mais intenso seja o considerado "ciúme patológico", aquele em que se deixa dominar pelo sentimento. Esse tipo de ciúme engloba pensamentos irracionais e perturbadores de forma que a pessoa que o sente é dominada por dúvidas, ideias possessivas de provas inconclusivas. O "ciumento patológico" sempre está em busca de evidências que confirmem ou afastem a suspeita, além de terem comportamentos inadmissíveis ou bizarros (CAVALCANTE, 1997). Possivelmente, esse é o ciúme que leva um homem comum a cometer homicídio. Como ressalta Eluf (2007), esse ciumento considera a pessoa amada mais como um tipo de objeto, do que verdadeiramente como pessoa, no exato significado desta palavra.

O ciumento obsessivo, potencial assassino, é aquele que sofre demasiadamente pela perda da posse, que tem medo de imaginar seu "objeto de desejo" entregando-se fisicamente à outra pessoa (BERALDO JUNIOR, 2004).

Por vezes, o ciúme pode levar a problemas sérios como psicoses e distúrbios neuropsiquiátricos, como diversos tipos de disritmias cerebrais, sendo causador de agressões físicas e, ainda, a motivação da maioria dos homicídios passionais (GAIA, 2010).

O que acontece nesses casos é que, por causa desse forte ciúme somado a paixão intensa surge no homem uma espécie de "natureza paralela", de forma que todos os princípios que o guiaram até aquele momento não existam mais, perdem o valor. O ciúme em demasia pode aflorar em pessoas comuns, ou seja, em qualquer pessoa. O sentido racional desaparece restando somente a emoção e ocasionando tantos crimes passionais (QUEIROZ, 2012).

Quando uma vida é ceifada por motivo de ciúme, essa conduta pode se enquadrar no homicídio qualificado, uma vez que, em regra, o ciúme é considerado motivo torpe. Porém, o ciúme por si só, não configura o motivo torpe. Entende-se que quando o ciúme é gerado pelo amor ele contrapõe-se com o motivo torpe, de forma que "influiria intensamente no controle emocional do agente, e as ações a que dá causa poderiam ser consideradas injustas, mas não comportariam a qualificação de fúteis ou torpes" (CAPEZ, 2010, p. 76), conforme verificar-se-á nos julgados constantes neste trabalho.

4.4 Vingança

A vingança alcança seu auge quando uma pessoa ressentida não consegue exteriorizar seu sentimento, fazendo com que este volte para dentro do próprio corpo. A internalização da agressividade representa a produção da má consciência (NIETZSCHE, 1998 apud ZUIN, 2008).

No caso do homicídio passional, a vingança consiste em uma "resposta" dada a vítima, que para o "vingador", prejudicou e arruinou sua vida sentimental. É como se o cônjuge "arruinado" precisasse punir quem lhe rejeitou, quem lhe causou ciúmes, quem não lhe ama mais ou nunca amou. Em outras palavras, tem a finalidade de responsabilizar o outro pelo sofrimento, que pode ser verdadeiro ou não.

Ocorre que o homicida se reveste com um tipo de "capa da justiça" para fazer o que ele acha ser a única solução, pois não aceita a liberdade da pessoa amada e pratica a autotutela. Porém, o Código Penal vigente autoriza a autotutela, somente, no que tange a legítima defesa física e o estado de necessidade, nos casos em que mesmo o agente praticando um fato típico, tem o permissivo legal para tanto. No entanto, esses institutos do Código Penal são exceções.

Em verdade, a vingança é essencialmente destrutiva, não sendo recomendável sua acolhida, principalmente num Estado Democrático de Direito. O próprio Estado proporciona formas de conciliação, em que as partes saem satisfeitas com a prestação jurisdicional e ainda tem-se a diminuição do volume processual nos tribunais.

No entanto, a vingança não permite esse tipo de pensamento. Ela não busca acordo ou perdão, mas apenas fazer o outro sofrer o dano maior daquele por ele já sofrido. Esse sentimento é alimentado pelo ódio, rancor, raiva e ira, o que não torna justa sua ação (SIQUEIRA, 2010).

Ademais, essa motivadora, por vezes, conduz o homicida a planejar o crime, de forma até calculada. O criminoso pode demorar dias ou até meses para agir, o que afastará a causa privilegiadora da pena, visto que o agente teve tempo para desistir da ação e não praticar o homicídio.

Porém, a doutrina tem entendimento mais abrangente, defendendo que assim como o ciúme, a vingança nem sempre se enquadrará como motivo torpe, de forma a não qualificar o homicídio. Pois, "apesar de ser um sentimento por si só reprovável, geralmente a vingança é a retribuição a um malefício causado anteriormente ao homicida ou qualquer pessoa ligada a ele", sendo assim, poderá haver casos em que não causará repugnância a ponto de se qualificar a torpeza (CAPEZ, 2010).

De outra monta, verificar-se-á, adiante nesse artigo, que essa motivadora, na maioria dos julgados pesquisados, qualifica o crime de homicídio passional, com entendimentos relacionados com todo o já exposto.

5. O DIREITO E O HOMICÍDIO PASSIONAL

Quando se fala em homicídio passional esse pode ser considerado sob dois sentidos. Na linguagem técnico-jurídica o homicídio passional é a conduta de causar a morte de alguém, motivada por forte emoção, paixão e ciúmes. Já para o Código

Penal brasileiro, a emoção ou paixão não exclui a culpabilidade de quem fere ou mata outra pessoa[5] (LEAL, 2005).

5.1 A causa privilegiadora no homicídio passional

A lei prevê para determinados fatos menor gravidade, por conta de certas circunstâncias, atenuando a pena. A essa previsão chama-se de crime privilegiado (ROJAS, 2006). O reconhecimento do homicídio privilegiado pressupõe a prova de que o agente agiu por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, decorrente de injusta provocação da vítima, caso não exista o lapso temporal será afastada a incidência do privilégio (LEAL, 2005).

As atenuantes sempre diminuirão a pena, ela não será eliminada, mas poderá ser atenuada para além do mínimo legal (GOMES, 2007 apud VIEIRA SEGUNDO, 2012). Isso porque o juiz, no caso concreto, deverá "mediante um trabalho consciente e fundamentado de individualização, encontrar a pena justa para o caso concreto, não podendo, contudo, jamais fugir as orientações legais a que está submetido" (GRECO, 2009 apud VIEIRA SEGUNDO, 2012, s. p.).

A modalidade de homicídio privilegiado, em relação ao homicídio passional, tem como característica três requisitos: emoção violenta do agente, injusta provocação da vítima e sucessão imediata entre a provocação e a reação (ROJAS, 2006), senão vejamos a seguir.

5.1.1 Emoção violenta do agente

Prevista no art. 121, § 1.º, do CP, a violenta emoção descrita pelo legislador deverá ser excessiva de forma que o agente não tenha controle sob seus atos, como no caso de estar vendo uma grande injustiça (CAPEZ, 2010). A emoção se diferencia do sentimento, pois é um estado neuropsicofisiológico, é um impulso neural que estimula o organismo para a ação (MAGALHÃES, 2007).

Por isso, para que seja configurado o homicídio privilegiado, o homicídio deve ocorrer enquanto perdurar o domínio de violenta emoção, caso contrário se tratará de vingança ou desafronto tardio, sendo assim, a mora na reação exclui a causa minorante (ROJAS, 2006).

Em outras palavras, a violenta emoção é incompatível com o planejamento do delito, ou seja, caso o homicídio seja planejado, e seja quebrado o efeito ação-reação, o privilégio será afastado e incidirá numa atitude insidiosa, à traição, de emboscada (ROJAS, 2006).

5. CP: "Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal: I – a emoção ou a paixão; (...)".

Para melhor elucidação, destaca-se o que descreve Hungria (1953 apud ROJAS, 2006), quando diz que o homicídio passional só será caracterizado como privilegiado quando o agente surpreender em flagrante sua companheira com o amante, em vias de fato, cometendo o adultério.

5.1.2 Injusta provocação da vítima

Descrito no § 1.º do art. 121 do CP a "injusta provocação é aquela sem motivo razoável, injustificável, antijurídica", porém, é relativo seu conceito podendo variar de pessoa a pessoa. Basta basear-se em critérios culturais de cada um e já haverá divergências. A provocação pode ser contra terceiros, como outra pessoa ou animais, e pode ser putativa, ou seja, no imaginário (CAPEZ, 2010, p. 58).

Uma injusta provocação como motivação para a realização de um crime não excluirá a culpabilidade, tampouco a ilicitude. Incidirá o fato típico, ilícito e culpável, embora tenha uma diminuição da pena.

Para o homicídio passional, é comumente utilizado o instituto da injusta provocação da vítima para diminuir a pena do agente criminoso, porém, não se pode admitir que seja injusta provocação da vítima o fato da mulher não querer a reconciliação, ainda que a separação seja sem razão (CAPEZ, 2010).

5.1.3 Sucessão imediata entre a provocação e a reação

Narrado no art. 121, § 1.º, do CP, o impulso de cometer algum ato, no fervor da emoção, é quase que inerente ao ser humano. Matar alguém no calor da emoção pode ser considerado ato de difícil controle, o que se remete a privilegiar o homicídio que fosse realizado nesses moldes (QUEIROZ, 2012).

Destarte, infelizmente, a maioria dos casos de homicídios passionais não é cometida na forte emoção logo após injusta provocação da vítima, mas após ser planejado e preparado para o fim desejado: a morte da pessoa "amada" (FERREIRA, 2009).

Como exemplo, Eluf (2007) apresenta o homicídio de Eloá Cristina Pimentel, de 15 anos, que foi alvejada na virilha e na cabeça por seu namorado Lindemberg Alves, 22 anos. Lindemberg, como a maioria dos criminosos passionais, não agiu logo após injusta provocação da vítima sob forte emoção, ou seja, não cometeu "um homicídio de impulso, ao contrário, foi detalhadamente planejado".

Por isso, na maioria dos casos de homicídios passionais a causa de diminuição da pena é afastada, pois, não são cometidos por impulso, mas de forma planejada, com todos os detalhes arquitetados (FERREIRA, 2009).

5.2 A qualificação no homicídio passional

As qualificações dos homicídios estão previstos no § 2.º do art. 121 do CP. Existem para que, em face de certas circunstâncias agravantes, demonstrem maior grau de criminalidade da conduta do agente, o que nada mais é que um tipo derivado do homicídio simples, com novos limites, mínimo e máximo, de pena – reclusão de 12 a 30 anos (CAPEZ, 2010).

Na maioria dos casos, os homicídios passionais são qualificados pelo Ministério Público como forma de acusação. As qualificadoras que mais se aproximam, nesse tipo de crime, são motivo torpe, motivo fútil, traição e emboscada (FERLIN, 2010), senão veja-se:

5.2.1 Motivo torpe e motivo fútil

Exposto no art. 121, § 2.º, I e II, o motivo torpe é aquele moralmente reprovável, demonstrativo de depravação espiritual do sujeito. Torpe é o motivo desprezível, que causa repulsa geral (FERLIN, 2010).

Já o motivo fútil é um motivo insignificante, apresentando desproporção entre o crime e sua causa moral. Segundo Capez (2010), o motivo é considerado fútil quando notadamente desproporcionado ou inadequado, do ponto de vista do *homo medius* e em relação ao crime de que se trata.

Ressalta-se que o motivo fútil não se confunde com a ausência de motivo. Assim, se o sujeito pratica o fato sem razão alguma não incide essa qualificadora, nada impedindo que responda por outra, como é o caso do motivo torpe (JESUS, 2003), pois, segundo Capez (2010), matar alguém sem nenhum motivo é ainda pior que matar por mesquinharia, estando, portanto, incluído no conceito de fútil.

5.2.2 Traição e emboscada

O art. 121, § 2.º, IV, discorre sobre outro tipo de qualificadora que vai ao encontro do homicídio passional: traição e emboscada. Segundo Capez (2010, p. 85):

"O modo insidioso empregado no cometimento do crime demonstra maior grau de criminalidade, na medida em que o agente esconde a sua ação e intenção de matar, agindo de forma sorrateira, inesperada, surpreendendo a vítima que estava descuidada ou confiava no agente, dificultando ou impedindo a defesa".

A traição pode ser caracterizada pela quebra de confiança ou fidelidade entre a vítima e o agente. Já a emboscada é comumente comparada com a tocaia, ou seja, quando a vítima se encontra desprevenida (CAPEZ, 2010).

Contudo, verifica-se o liame entre os homicídios passionais e os motivos torpes e fúteis, pois matar alguém porque não quer que essa pessoa se separe, com a justi-

ficativa de amar demais, é desprezível. Tanto que o sentimento de posse e domínio deve ser relacionado com propriedade, e tão somente, não com pessoas e sentimentos. Cada um tem o livre-arbítrio para escolher de que forma quer viver e com quem quer se relacionar (FERLIN, 2010).

Em verdade, o agente homicida não age por motivos nobres, nem é propulsionado ao crime pelo amor, "mas por sentimentos baixos e selvagens, tais como ódio atroz, o sádico sentimento de posse, o egoísmo desesperado, o espírito vil da vingança" (CAPEZ, 2010, p. 60).

6. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DO STJ – ATUALMENTE – AO QUALIFICAR OU PRIVILEGIAR O HOMICÍDIO PASSIONAL

Como já ressaltado, a motivação do homicídio passional é o que determina a fundamentação da sentença, bem como a qualificação do crime: se privilegiado ou se qualificado.

Evidente que cada caso concreto, cada circunstância que o envolve, cada conduta do agente, e principalmente, cada motivação do homicida somarão para o deslinde da decisão condenatória.

Desse modo, as motivações elencadas no presente artigo, as quais são as mais indicadas pela literatura, sendo: legítima defesa da honra, amor e paixão, ciúme e vingança e até mesmo a negativa da vítima em querer reatar o relacionamento, entendido como o desprezo e o fim do relacionamento interposto, condicionarão o entendimento do júri e do magistrado. Dependendo de como se desenvolveu tal sentimento, de que forma ocorreu a conduta criminosa com base na motivação, então se definirá se o homicídio será qualificado ou privilegiado.

Os entendimentos dos Tribunais Superiores são díspares, bem como do STJ, porém, é possível definir o entendimento predominante dos Tribunais Superiores, determinando quando o homicídio passional é considerado motivo torpe ou fútil, tornando o homicídio qualificado, ou, quando a motivação do homicídio passional é reconhecida como violenta emoção ou seguida a injusta provocação da vítima, classificando-o como homicídio privilegiado, com fulcro nos julgados, conforme demonstra-se a seguir.

Verificar-se-á, também, que para cada motivação há um entendimento diferente, concluindo-se, portanto, que a qualificação da pena ou não, dependerá da motivação do agente. Em síntese, a legítima defesa da honra, atualmente, qualifica o homicídio passional, assim como a vingança, a traição e a emboscada. Ainda que, em relação a vingança, a doutrina entenda que dependendo do caso, deve se privilegiar o crime. Já o ciúme, depende. Ora o tribunal entende como qualificadora, ora como privilegiadora. Enquanto a motivação de que a parceira não aceita reatar o romance

com o agente encontra-se no motivo fútil ou torpe, qualificando o crime também. Para tanto, seguem os julgados com suas devidas explanações.

Em relação ao homicídio cometido por ciúme o relator Nereu José Giacomolli, em jurisprudência do TJRS, assim descreve:

"A definição sobre se o sentimento de ciúmes constitui ou não motivo torpe encontra divergência inclusive no âmbito doutrinário e jurisprudencial. O STJ, por um lado, entende que o ciúme, por si só, não constitui motivo torpe, por outro lado, entende que pode constituir dependendo do caso concreto, e que apenas o Tribunal do Júri pode decidir essa questão".[6]

O citado relator ainda conclui que o ciúme do agente, quando provocado por atitudes da própria vítima não qualifica o crime, pois não se reveste de repugnância, que é a característica do motivo torpe.

Em outras palavras, o STJ não definiu com exatidão se a motivadora "ciúmes" pode qualificar ou privilegiar o homicídio passional. Todavia, como verifica-se no julgado a seguir, a colenda corte entendeu que o ciúme como único motivador, quando provocado pela vítima, deve privilegiar o crime, senão veja-se:

"Agravo regimental no recurso especial. Penal e processual penal. Homicídio qualificado. Divergência jurisprudencial demonstrada. Motivo torpe. Ciúme. Única motivação. Impossibilidade. 1. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos. 2. 'O ciúme, por si só, sem outras circunstâncias, não caracteriza o motivo torpe'.(HC 123.918/MG, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª T., j. 13.08.2009, *DJe* 05.10.2009). 3. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no REsp 1072952/RN (2008/0151300-0), 5.ª T., j. 29.04.2010, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 24.05.2010).

No caso em tela, tem-se o fato de o agente ter tirado a vida da vítima, sua companheira, com a qual se relacionou por cerca de quatro anos, com tiros de revólver. O motivo relatado pelo agente foi que a vítima saiu com outro rapaz e foi chamado de corno, fato que o cobriu de ciúmes.[7]

---

6. A definição sobre se o sentimento de ciúmes constitui ou não motivo torpe encontra divergência inclusive no âmbito doutrinário e jurisprudencial. O STJ, por um lado, entende que o ciúmes, por si só, não constitui motivo torpe; por outro, entende que pode constituir, dependendo do caso concreto, e que apenas o Tribunal do Júri pode decidir essa questão (TJRS, ApCrim 70045774106/RS, 3.ª Câm. Crim., j. 15.03.2012, rel. Nereu José Giacomolli, *DJ* 02.04.2012).

7. Nesse contexto, o voto do STJ: AgRg no REsp 1072952/RN (2008/0151300-0), ilustra: "Verifica-se do caderno processual que a conduta do acusado se deu em decorrência de discussão ocorrida com a vítima, em razão de ciúme, pois segundo afirma o próprio recor-

Em suma, no presente caso, o ciúme foi classificado como motivo torpe, o que fora decidido no recurso especial[8] interposto. Entretanto, há divergências no que diz respeito ao ciúme ser considerado motivo torpe, assim, interposto o agravo regimental, a respectiva Corte alterou sua decisão de modo que excluiu a qualificadora do crime, justamente porque o único e exclusivo motivo do crime ter sido o ciúme, segundo a relatora Min. Laurita Vaz.[9]

Ou seja, num mesmo caso fora decidido de duas formas diferentes, inicialmente o TJRN entendeu que deveria qualificar o crime por entender que o ciúme configura motivo torpe. Posteriormente, o STJ decidiu pelo afastamento da qualificadora, entendendo que o ciúme, no caso concreto, privilegiava a pena.

De outra monta, segue o entendimento do TJPR, em relação a motivação "ciúme" e "vingança":

"Júri – Homicídio privilegiado – Violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima – Inocorrência – Decisão do Júri contrária à evidência dos autos – Recurso do Ministério Público provido – Novo julgamento ordenado – Inteligência do art. 121, § 1.º, do CP – Prejudicado o recurso do réu. Se a alegada atitude ofensiva da vítima, afirmando que seu ex-marido era mais homem do que o acusado, além de inábil para gerar o estado emotivo a que se refere o § 1.º do art. 121 do CP, ocorreu alguns dias antes da prática do homicídio, não há como admitir-se atuação delituosa sob impulso de violenta emoção logo em seguida a injusta provocação dela, vítima" (TJPR, 1.ª Câm. Crim., ApCrim 153.400-9, j. 03.06.2004, rel. Tadeu Marino Loyola Costa).

Denota-se desse julgado que a vítima afirmou que seu ex-marido era mais homem que o acusado, gerando neste sentimento de ciúme e vingança, de modo que ele veio a tirar a vida de seu cônjuge.

Para tanto, o Tribunal julgou que a conduta do agente não pode ser encontrada no estado emotivo descrito no § 1.º do art. 121 do CP, tendo em vista que a atitude ofensiva da vítima fora realizada dias antes da prática do homicídio, não sendo

---

rente, viu a vítima saindo com um rapaz, e ao chegar em casa o rapaz havia saído, tendo dito ainda que era chamado de corno pelos amigos".

8. Nesse contexto, o voto do STJ: AgRg no REsp 1072952/RN 2008/0151300-0, ilustra: "Portanto, há indícios suficientes da qualificadora do motivo torpe (f.)".

9. Nesse contexto, o voto do STJ: AgRg no REsp 1072952/RN (2008/0151300-0), ilustra: "Dessa forma, o mencionado julgado diverge dos paradigmas e do posicionamento desta Corte, que afastam a torpeza do crime se o único e exclusivo motivo teria sido ciúme, como na presente hipótese. Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1.º-A, do CPC, c/c o art. 3.º do CPP, dou provimento ao recurso especial para, reformando o acórdão recorrido, excluir a qualificadora do inc. I, § 2.º, do art. 121 do CP (f.)".

possível admitir atuação delituosa sob impulso de violenta emoção, de modo que restaram configurados a vingança e o ciúme, qualificando-se o crime.

Não obstante, pode-se se observar o entendimento do TJP:

"Apelação criminal. Homicídio privilegiado. Recurso do Ministério Público. 1. Decisão dos jurados contrária às provas dos autos. Inocorrência. Manutenção da minorante. Soberania dos veredictos. Respaldo nas provas dos autos. 2. Motivo fútil. Qualificadora subjetiva. Quesito prejudicado. 3. Meio cruel. Qualificadora objetiva. Quesito não apreciado. Irregularidade. Preclusão. 4. Recurso que dificulte a defesa do ofendido. Qualificadora rejeitada pelos jurados. Conjunto probatório satisfatório. 5. Apelo conhecido e improvido. 1. A tese de homicídio privilegiado se mostra plausível e a decisão dos jurados tem respaldo nas provas dos autos, devendo ser respeitada sob pena de violação à soberania dos veredictos, prevista no art. 5.º, XXXVII, *c*, da CF. 2. A natureza subjetiva da qualificadora do motivo fútil não se coaduna a minorante do homicídio privilegiado. Quesito prejudicado. 3. Em relação ao meio cruel, o juiz-presidente deixou de submeter ao Conselho de Sentença qualificadora objetiva perfeitamente compatível com o privilégio, entendendo como prejudicado o respectivo quesito. Tal irregularidade deveria ter sido arguida em Plenário, sob pena de preclusão. Precedentes do STJ. 4. A rejeição pelos jurados da qualificadora do art. 121, § 2.º, do CP (homicídio cometido à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido) também não se apresenta manifestamente dissociada das provas dos autos. Até mesmo porque essas provas conduzem à conclusão de que o acusado e a vítima travaram intensa luta corporal que resultou no crime de homicídio. 5. Apelo conhecido e improvido" (TJPI, ApCrim 201000010076630/PI, 2.ª Câm. Esp. Crim., j. 24.05.2011, rel. Des. Erivan José da Silva Lopes).

No caso em tela o agente foi condenado por homicídio privilegiado a 11 anos e 3 meses de reclusão. Isso porque, o agente matou a vítima por essa ter dito repetidas vezes para aquele que sua esposa estava tendo um caso com outra pessoa, por esse motivo, completamente envolvido pelo ciúme e em razão da provocação da vítima, o agente desferiu golpes de faca na mesma, segundo o rel. Erivan Lopes, em jurisprudência do TJPI.

O Ministério Público apelou da decisão alegando que o agente agiu por motivo torpe e mediante meio que dificultou a defesa da vítima, porém foi negado o apelo do Ministério Público e mantido a decisão do Tribunal do Júri, segundo o rel. Erivan Lopes, em jurisprudência do TJPI.

Ou seja, nesse caso, diferente do entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná e do STJ, o TJPI entendeu que a motivadora "ciúme" deveria privilegiar o crime.

Em consonância com o entendimento do TJPI está o TJSP, senão veja-se:

"Homicídio Privilegiado – art. 121, § 1.°, do CP. Decisão dos jurados embasada na prova produzida, inclusive em relação à qualificadora (motivo fútil) e o privilégio. Correto o afastamento da qualificadora por se tratarem de duas circunstâncias subjetivas, prevalecendo o privilégio. Sentença condenatória mantida, inclusive quanto à dosimetria da pena e o regime prisional. Apelação desprovida" (TJSP, Ap 9074408722001826/SP, 4.ª Câm. de Direito Criminal, j. 01.03.2011, rel. Eduardo Braga, *DJ* 02.03.2011).

No caso supracitado, o agente tinha um relacionamento homossexual com a vítima, sendo certo que este comunicou aquele que pretendia terminar o envolvimento porque estava saindo com uma pessoa do sexo feminino. O agente, em virtude da notícia da separação, efetuou disparos contra a vítima por mais de uma vez com arma de fogo, causando-lhe ferimentos que o levaram a morte, segundo o rel. Eduardo Braga, em jurisprudência do TJSP.

O réu foi condenado a cinco anos de reclusão por homicídio privilegiado, pois agiu sob domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima. O réu, inconformado com a sentença, pugnou apelação, porém foi mantida a decisão de 1.° grau, segundo o rel. Eduardo Braga, em jurisprudência do TJSP.

Conclui-se, nesse julgado, portanto, que o ciúme gerado no réu, levou-o a cometer o homicídio. Porém, como foi realizado logo após injusta provocação da vítima e sob domínio de violenta emoção, o TJSP entendeu por ser homicídio privilegiado.

Diferente do entendimento do TJSP encontra-se o entendimento do TJES, como segue:

"Recurso em sentido estrito – Tentativa de desclassificação para homicídio simples – Qualificadoras – Elementos mínimos a respaldá-las – Ciúmes – Motivo torpe – *Emendatio libelli* (art. 383 do CPP) – Impossibilidade de defesa da vítima – Recurso conhecido e improvido. Recurso em sentido estrito – Tentativa de desclassificação para homicídio simples – Qualificadoras – Elementos mínimos a respaldá-las – Ciúmes – Motivo torpe – *Emendatio libelli* (art. 383 do CPP) – Impossibilidade de defesa da vítima – Recurso conhecido e improvido. Recurso em sentido estrito – Tentativa de desclassificação para homicídio simples – Qualificadoras – Elementos mínimos a respaldá-las – Ciúmes – Motivo torpe – *Emendatio libelli* (art. 383 do CPP) – Impossibilidade de defesa da vítima – Recurso conhecido e improvido. Recurso em sentido estrito – Tentativa de desclassificação para homicídio simples – Qualificadoras – Elementos mínimos a respaldá-las – Ciúmes – Motivo torpe – *Emendatio libelli* (art. 383 do CPP) – Impossibilidade de defesa da vítima – Recurso conhecido e improvido. Em sede de cognição sumária, os elementos contidos nos autos evidenciam ter sido o suposto crime perpetrado em razão de ciúmes e mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Merece pequeno reparo a

decisão de pronúncia tão somente quanto à capitulação jurídica atribuída ao acusado quanto à qualificadora do motivo fútil, na medida em que o ciúme, consoante orientação doutrinária e jurisprudencial, configuraria o motivo torpe, de modo que, nos termos do art. 383 do CPP, deve ser procedida a *emendatio libelli*, tipificando a conduta perpetrada pelo réu no art. 121, § 2.°, I, do CP (motivo torpe) ao invés do inc. II (motivo fútil). Ao juiz somente é lícito retirar da possibilidade de submissão ao julgamento pelo Tribunal do Júri uma qualificadora quando concluir ser ela absolutamente improcedente ou inegavelmente absurda, vez que sem qualquer apoio nos autos" (TJES, RSE 48080170045/ES, 1.ª Câm. Crim., j. 29.02.2012, rel. Ney Batista Coutinho, *DJ* 09.03.2012).

O caso refere-se a um homicídio qualificado em que o agente matou a vítima, arremessando do terceiro andar de uma residência uma botija de gás acertando-a mortalmente, por esta ter se relacionado com sua ex-namorada.[10] Foi mantida a qualificadora de motivo torpe pelo ciúme e, também, pela vingança e pelo egoísmo, para que o Tribunal do Júri decida sobre elas, segundo o rel. Ney Batista Coutinho.[11]

Em outras palavras, o TJES entendeu que a motivadora "ciúme" foge do que se entende por homicídio privilegiado, qualificando-se o crime, portanto.

De outra monta, tem-se a motivadora "vingança" que frequentemente é julgada pelos Tribunais de Justiça como motivo torpe, qualificando o homicídio passional, o que pode se observar no julgado a seguir do TJPR:

"Apelação crime – Homicídio duplamente qualificado – Decisão contrária à prova dos autos – Soberania dos veredictos – Motivo torpe – Ex-companheira que se negara a reatar relacionamento amoroso – Recurso que impediu ou impossibilitou a defesa da vítima – Cinco golpes de faca desferidos após a vítima ter caído ao chão – Presença das qualificadoras – Dosimetria da pena devidamente fundamentada – *Quantum* proporcional à gravidade do delito – Recurso desprovido – *Ex officio* excluído o regime integralmente fechado – Inteligência do HC 82.959/STF. (...) 2. Embora haja discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da caracterização ou não da vingança como motivo torpe, certo que a solução encontra-se na análise fática do caso concreto. 3. Desferir golpes de faca contra a vítima após esta ter caído

10. Nesse contexto, segundo o que está disposto no RSE 48080170045/ES (48080170045) do TJES: "Consta na peça acusatória de f. que, no dia 10 de agosto de 2008, o acusado, em razão de ciúmes por ter a vítima se relacionado com sua ex-namorada, arremessou do 3.° andar de uma residência uma botija de gás, acertando-a mortalmente".

11. Nesse contexto, o voto do TJES: RSE 48080170045/ES (48080170045), ilustra: "Esse modo, malgrado existam teses contrárias à incidência de ambas as qualificadoras (art. 121, § 2.°, I e IV), nas quais a defesa tenta se valer para refutá-las, ao meu sentir as mesmas devem ser mantidas para que sobre ela possam decidir o juiz competente, ou seja, o Tribunal do Júri".

ao chão caracteriza a qualificadora prevista no art. 121, § 2.º, IV, do CP, uma vez que impossibilita ou dificulta a defesa da vítima. 4. Não há que se falar em crime de pequena relevância quando se trata de homicídio, onde o bem jurídico tutelado é a vida, o qual merece maior proteção jurídica. 5. Não há nulidade da sentença em relação à individualização da pena quando aquela fundamenta especificamente cada uma das circunstâncias judiciais, considerada a presença de qualificadoras, bem como de circunstâncias atenuantes, nos exatos termos do que fora decidido pelos jurados" (TJPR, ApCrim 0360523-2/Ortigueira, 1ª Câm. Crim., j. 01.03.2007, rel.: Juiz Subst. 2.º Grau Luiz Osorio Moraes Panza, unânime).

Nesse caso foi admitida a vingança como motivo torpe, qualificando o crime, já que o agente ceifou a vida da vítima pelo fato desta não querer reatar o relacionamento amoroso, a partir disso, para se vingar o agente desferiu cinco golpes de faca, mesmo após a vítima estar caída no chão.

Em consonância com o entendimento do TJPR encontra-se o entendimento do TJRO:

"Apelação criminal. Júri. Decisão contrária à prova dos autos. Opção dos jurados por uma das versões dos autos. Dosimetria da pena. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Pena-base acima do mínimo legal. A decisão do júri que, com supedâneo nos elementos probatórios dos autos, opta por uma das versões apresentadas, não pode ser anulada sob a alegação de ser contrária à prova dos autos. Não há se falar em exasperação da pena-base quando esta foi fixada segundo as circunstâncias judiciais aferidas, denotando ser elevado o grau de culpabilidade do réu, que demonstra possuir personalidade instável, além das graves consequências do crime" (TJRO, 1.ª Vara Criminal, ApCrim 100.003.2006.000007-7, j. 23.08.2007, rel. Juiz Léo Antônio Fachin).

Esse julgado refere-se a um homicídio passional cujo agente, inconformado com a recusa da vítima em reconciliar-se, planejou para estar sozinho com a mesma quando "veio a agredi-la, primeiro prendendo a cabeça dela com o joelho e torcendo-a até estrangular o pescoço, depois aplicando-lhe vários golpes de foice e de faca até matar a vítima".[12]

Foi mantida a decisão de 1.º grau pela condenação do réu por homicídio triplamente qualificado por motivo torpe, ainda meio cruel e recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Pois, como consta no voto do rel. Léo Antônio Fachin, ocorre a qualificação do homicídio por motivo torpe se o acusado sentindo-se desprezado pela companheira resolve vingar-se, matando-a.

De outra monta, vale trazer à baila, que quando o agente planeja o homicídio de forma que venha a surpreender a vítima, bem como agindo de forma que impossi-

12. Segundo a denúncia que consta na Ap 00320060000077/Jaru-RO, do TJRO.

bilite sua defesa, e em razão da recusa da vítima em reatar o relacionamento, estará insurgindo sobre o homicídio qualificado (art. 121, § 2.º, IV, do CP). De acordo com isso se encontra o seguinte julgado do STJ:

"Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual penal. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Gravidade demonstrada pelo *modus operandi*. Periculosidade concreta do acusado. Fundamentação idônea que recomenda a medida constritiva. Superveniente sentença condenatória. Recurso desprovido. 1. A superveniência de sentença condenatória recorrível não obsta a análise do presente recurso, uma vez que a referida decisão negou ao recorrente o direito de recorrer em liberdade sob os mesmos fundamentos do decreto prisional e acórdão ora impugnados. 2. No caso, o recorrente, impelido por motivação torpe de caráter passional, ante a recusa da vítima de retomar o relacionamento, imobilizou-a impossibilitando sua defesa, e em seguida desferiu-lhe treze golpes de canivete, em diversos locais do corpo, provocando-lhe sofrimento desnecessário e cruel. Tais fatores revelam, indubitavelmente, a gravidade concreta do delito, dado o violento *modus operandi* da conduta criminosa 3. A custódia cautelar do ora recorrente não carece de fundamentação. A prisão preventiva foi decretada para a garantia da ordem pública, em razão da especial gravidade e da barbárie com que o delito foi cometido, e da periculosidade concreta do acusado, demonstrada pelas circunstâncias que cercaram o delito. 4. Ressalte-se, que condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema. 5. Recurso desprovido" (STJ, 5.ª T., RHC 25.416/SP, j. 22.06.2010, rel. Min. Laurita Vaz).

Nesse caso, o agente, que conviveu com a vítima na condição de amásio, procurou a mesma, depois de quase um mês separado, para conversar e diante da recusa em retomar o relacionamento imobilizou-a e, em seguida, desferiu treze golpes com seu canivete, levando-a a óbito. Foi condenado a homicídio duplamente qualificado pelo motivo torpe, pela recusa da vítima em reatar o relacionamento e de forma que impossibilitou sua defesa, pelo juízo *a quo*.

Porém, insatisfeito, o réu pugnou *habeas corpus*, argumentando ter residência e emprego fixos, bons antecedentes e ser réu primário. O que não foi admitido pelo juízo *ad quem* que manteve a decisão já realizada, pois trata-se de crime grave, hediondo, cometido em circunstâncias que revelam alto grau de periculosidade do acusado, segundo o descreve a rel. Min. Laurita Vaz nos autos do acórdão.[13]

13. STJ, RO em HC 25416/SP (2009/0021363-0).

Portanto, denota-se que o entendimento do STJ em razão da motivação "recusa da vítima em reatar o relacionamento" é considerado motivo torpe, o que inevitavelmente, qualifica o homicídio passional.

Em consonância com o entendimento do STJ, em relação a motivação "recusa da vítima em reatar o relacionamento" está o TJPR:

"Homicídio qualificado – Nulidade – Inocorrência – Decisão contrária a prova dos autos – Inexistência – Qualificadoras do motivo torpe e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima – Existência de elementos hábeis à caracterizá-las – Condenação mantida – Dosimetria da pena – Circunstâncias judiciais – Análise inadequada – Pena reduzida – Recurso parcialmente provido" (TJPR, 1.ª Câm. Crim., Proc. 9031930, j. 05.07.2012, rel. Wellington Emanuel C. de Moura).

No caso em tela o agente conviveu com a vítima por oito anos, mas fazia quatro meses que estavam separados, pois o agente descobriu que ela o traía. O agente, então, tentou a reconciliação, sem êxito. Na última tentativa, desencadeou-se uma discussão o que fez com que ele desferisse golpes de faca na vítima, por estar com ciúmes da mesma, levando-a a óbito. Foi decretada a pena de 15 anos de reclusão por homicídio duplamente qualificado por motivo torpe e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima (art. 121, I e IV, do CP), segundo narração do rel. Wellington Moura.[14]

Insatisfeito com a sentença, o réu apelou para o TJPR, alegando homicídio privilegiado, pois teria agido sob influência de violenta emoção, o que de fato não foi comprovado pelo mesmo. Tal recurso foi provido parcialmente, considerando a atenuante da confissão espontânea, tão somente. Sendo fixada a pena em 12 anos de reclusão, segundo narração do rel. Wellington Moura.[15]

Em relação a motivação legítima defesa da honra, como já discorrido anteriormente, esta excludente de ilicitude foi por vezes usada para defender o homicida passional, todavia, atualmente, além de não ser mais positivada em lei, também encontra-se rechaçada nas defesas, visto que somente é positivada a legítima defesa física e não "da honra".

14. Nesse contexto, o voto do TJPR: Recurso de Apelado 9031930/PR, ilustra: "(...) O acusado alega que conviveu com a vítima por aproximadamente oito anos, mas que, quando dos fatos, já estavam separados há quatro meses, pois descobriu que ela estava tendo um relacionamento extraconjugal, o que deixou bastante triste e desorientado. (...) Esta versão, por si só, afasta a tese de homicídio privilegiado, já que não restou demonstrado que o recorrente estava sob 'influência de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima' (art. 121, § 1.°, do CP) porque falta o requisito da injusta provocação. (...) O meu voto, portanto, é parcial provimento do presente recurso, tão somente, para reduzir a sanção para 12 (doze) anos de reclusão, mantida, quanto a mais, a sentença de primeiro grau".

15. TJPR, 1.ª Câm. Crim., j. 05.07.2012, rel. Wellington Emanuel C. de Moura.

Em consonância com o exposto encontra-se o entendimento do STJ, conforme denota-se do julgado a seguir:

"Recurso especial. Tribunal do Júri. Duplo homicídio praticado pelo marido que surpreende sua esposa em flagrante adultério. Hipótese em que não se configura legítima defesa da honra. Decisão que se anula por manifesta contrariedade à prova dos autos (art. 593, § 3.°, do CPP). Não há ofensa à honra do marido pelo adultério da esposa, desde que não existe essa honra conjugal. Ela é pessoal, própria de cada um dos cônjuges. O marido, que mata sua mulher para conservar um falso crédito, na verdade, age em momento de transtorno mental transitório, de acordo com a lição de Jimenez de Asúa (*El criminalista*. Buenos Aires: Zavalia, 1960, t. IV, p. 34), desde que não se comprove ato de deliberada vingança. O adultério não coloca o marido ofendido em estado de legítima defesa, pela sua incompatibilidade com os requisitos do art. 25, do CP. A prova dos autos conduz à autoria e à materialidade do duplo homicídio (mulher e amante), não a pretendida legitimidade da ação delituosa do marido. A lei civil aponta os caminhos da separação e do divórcio. Nada justifica matar a mulher que, ao adulterar, não preservou a sua própria honra. Nesta fase do processo, não se há de falar em ofensa a soberania do Júri, desde que os seus veredictos só se tornam invioláveis, quando não há mais possibilidade de apelação. Não é o caso dos autos, submetidos, ainda, a regra do art. 593, § 3.°, do CPP. Recurso provido para cassar a decisão do Júri e o acórdão recorrido, para sujeitar o réu a novo julgamento" (STJ, REsp 1517/PR (1989/0012160-0), 6.ª T., j. 11.03.1991, rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, *DJ* 15.04.1991, p. 4309; *JTS* vol. 24, p. 64; *RJM* vol. 114, p. 192; *RSTJ* vol. 20, p. 175).

No caso apresentado, o marido matou a esposa e o amante dela a facadas, encontrados em um quarto de hotel, em flagrante adultério. Para se defender em juízo, o homicida alegou legítima defesa da honra e foi absolvido por essa excludente. Porém, em março de 1991, o STJ julgou o recurso especial apresentado pelo Ministério Público e entendeu que "o adultério não coloca o marido ofendido em estado de legítima defesa, pela sua incompatibilidade com os requisitos do art. 25 do CP". Ainda, discorre que "a lei civil aponta os caminhos da separação e do divórcio. Nada justifica matar a mulher que, ao adulterar, não preservou sua própria honra".

Dessa forma, o STJ cassou a decisão do Júri e determinou que o réu fosse submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri. Pelo óbvio, não poderiam, nesse novo julgamento, absolver o réu com base na motivação "legítima defesa da honra".

Ainda, em 2001, o STJ publicou o seguinte informativo:

"Júri. Legítima defesa da honra. Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e lhe deu provimento, determinando que seja o agente submetido a novo julgamento pelo júri, porque o adultério não coloca o marido ofendido em legítima defesa, pela sua incompatibilidade com os requisitos do art. 25 do CP. Ressalte-se que a soberania do veredicto do júri não exclui a recorribili-

dade de sua decisões, mesmo porque se no segundo julgamento o resultado for idêntico ao primeiro, com *error in judicando*, sepultada estará a questão, pelo menos à luz do art. 593, III, do CPP. Precedentes citados – do STF: HC 40.181/PB; do STJ: REsp 1.517/PR, *DJ* 15.04.1991; REsp 203.632/MS, j. 19.04.2001, rel. originário Min. Fontes de Alencar, rel. para acórdão Min. Fernando Gonçalves.

Portanto, a legítima defesa da honra não é considerada mais excludente de ilicitude, bem como não é considerada motivação para causa de diminuição de pena.

Por todo o exposto, denota-se que não há entendimento pacificado nos Tribunais do país no que tange ao homicídio passional ser qualificado ou privilegiado. O que se pode observar, com fulcro nos julgados apresentados, é que há uma forte inclinação para qualificar o crime quando motivado por vingança, por emboscada, ou porque o cônjuge não quer reatar com o criminoso, ou pela legítima defesa da honra. Já em relação a motivação "ciúme" os entendimentos divergem, devendo ser, clinicamente, analisado cada caso concreto, pois nem mesmo o STJ tem entendimento pacífico.

7. CASOS NOTÁVEIS DE HOMICÍDIOS PASSIONAIS NO BRASIL

A história é a mãe da verdade. A lembrança dos crimes constitui uma recordação viva de como atuaram os Tribunais e juristas em relação a cada caso concreto.

Há muitos casos que se destacaram na mídia, mas são cinco os com mais relevância por ora, sendo eles: o caso de Augusto Carlos Eduardo da Rocha Monteiro Gallo e Margot Proença, o caso de Guilherme de Pádua com Paula Thomaz e Daniella Perez, o caso de Antônio Pimenta Neves e Sandra Florentino Gomide, caso Lindemberg Alves e Eloá Cristina Pimentel e o caso de Mizael Bispo e Mércia Nakashima.

7.1 Caso Augusto Carlos Eduardo da Rocha Monteiro Gallo e Margot Proença

Segundo o que relata Eluf (2007), o crime ocorreu em 1970. O procurador de Justiça de São Paulo Augusto Carlos Eduardo da Rocha M. Gallo matou a mulher com onze facadas, o motivo seria que Augusto estava transtornado com a suspeita de que Margot Proença Gallo tinha um caso com seu professor de francês e depois de fazer uma investigação particular, ele discutiu com a mulher e cometeu o crime em casa.

Augusto era um homem conhecido, visto que era procurador de Justiça, cego de ciúmes, tirou a vida da pessoa que amava. Não parou para pensar, refletir nas consequências, nas tristezas que viriam posteriormente. Não pensou nas filhas, na sua carreira.

Esse caso teve e tem repercussão até nos dias atuais, pois Augusto e Margot são os pais da atriz Maitê Proença.

Nessa época a legítima defesa da honra era válida, Augusto foi absolvido por legítima defesa da honra em dois julgamentos. Faleceu, doente terminal de câncer generalizado, em 19.07.1989, em São Paulo (ELUF, 2007).

7.2 Caso de Guilherme de Pádua com Paula Nogueira Thomaz e Daniella Perez

O crime ocorreu em 1992, como dispõe Eluf (2007). Daniella Perez tinha 22 anos e era famosa pelo papel Yasmin na novela *De Corpo e Alma*, da TV Globo, quando foi assassinada com 18 golpes de tesoura.

O motivo era que Guilherme era apaixonado pela atriz, porém, ela nada mais queria do que amizade com o ator. E Paula Thomáz, esposa de Guilherme, sentia muito ciúme de Daniella com seu marido. No entanto, para justificar o crime, o autor disse que a colega o assediava e perseguia (ELUF, 2007).

Guilherme declarou em seu depoimento que durante um encontro de Daniella com o casal, as duas mulheres teriam iniciado uma briga e ele, ao tentar apartar, disse ter sufocado até a morte a atriz com o braço em torno de seu pescoço. Ao se dar conta da morte de Daniella, segundo ele, Paula Thomáz que estava grávida, mulher de Guilherme na época, teve a ideia de golpear a atriz para que o homicídio parecesse "um crime praticado por um fã alucinado" (ELUF, 2007).

O autor do crime, claramente perturbado, com sede de vingança aniquilou a vida de Daniella. Dominado por seu amor platônico, conseguiu persuadir sua esposa na época para auxiliá-lo. Esse crime chocou o Brasil, a mãe de Daniella, Glória Perez, que é autora de novela, conseguiu mais de 1 milhão de assinaturas com o objetivo de incluir o homicídio qualificado na Lei dos Crimes Hediondos, quando não há a possibilidade de pagamento de fiança e impõe que seja cumprido um tempo maior de pena.

Apesar disso, como o assassinato de Daniella foi anterior à instauração da nova lei, Paula e Guilherme foram beneficiados e cumpriram parte da pena em liberdade.

Guilherme foi mencionado em um capítulo do livro da psiquiatra Ana Beatriz Barbosa, *Mentes perigosas – o psicopata mora ao lado*.

Eles foram condenados por homicídio duplamente qualificado, com motivo torpe, a 19 anos e 6 meses de prisão. Guilherme cumpriu 6 anos e saiu da prisão em 1999.

7.3 Caso Antônio Marcos Pimenta Neves e Sandra Florentino Gomide

O crime ocorreu, em 2000, em um haras em São Paulo. Antônio tirou a vida de Sandra com dois tiros, o primeiro, dado pelas costas, provocou a queda da vítima ao solo, o segundo, disparado a queima-roupa no ouvido da moça, acabou de matá-la (ELUF, 2007).

Antônio era diretor de redação da publicação do jornal *O Estado de S. Paulo* e Sandra Gomide era editora de economia do mesmo jornal. Antônio e Sandra namoraram cerca de 3 anos, ele, com 30 anos a mais que ela, estava inconformado com o fim do relacionamento.

A motivação para realizar tal crime foi o ciúme e o rancor, segundo o que nos relata Eluf (2007, p. 105):

"Sandra havia rompido definitivamente a relação. Pimenta fez vários pedidos para voltar, mas não conseguiu modificar a decisão dela. Os colegas de trabalho notavam o desequilíbrio emocional em que mergulhara o jornalista, que se mostrava totalmente obcecado e inconformado com o fim do namoro".

Depois do crime, ele teria ligado para a redação do jornal para saber dos repórteres de polícia se a ex-namorada havia morrido. Mais tarde, acompanhado de um advogado, confessou o crime e entregou aos investigadores a arma.

Pimenta Neves poderia ser um bom homem, bom profissional, mas levou tudo a perder e se permitiu entregar pela paixão avassaladora que sentia por Sandra, segundo o relata Eluf (2007, p. 107), ele declarou em seu depoimento que "idolatrava o chão que ela pisava".

Definitivamente, ele não pensou nos desejos que ela possuía, em suas ambições, em suas vontades. Tão somente se limitou a seguir seus próprios desejos e instintos. A paixão que ele sentia foi além da razão, além da moral.

Foi condenado a pouco mais de 19 anos de prisão, mas conseguiu recorrer em liberdade até 2011, quando foi negado seu último recurso. Após decisão do STF, o jornalista foi preso,por ter sido condenado por homicídio duplamente qualificado pelo motivo torpe e recurso que impossibilitou a defesa da vítima (art. 121, § 2.º, I e IV, do CP), tendo sua pena reduzida para 15 anos de reclusão.

7.4 Caso Lindemberg Alves e Eloá Cristina Pimentel

O homicídio se deu em 2008 quando Lindemberg, com apenas 22 anos, invadiu o apartamento em que Eloá, de apenas 15 anos, fazia um trabalho com três colegas de colégio e fez os quatro de reféns. Sob a mira de uma arma, um a um foi sendo libertado. Menos Eloá, que, após 101 horas, foi baleada pouco antes da invasão da polícia. Ela morreu no dia seguinte, com um tiro na cabeça e outro na virilha (RIBEIRO, 2013).

O motivo seria o fato de ele estar inconformado com o fim do relacionamento. Tanto que depois que Eloá terminou o namoro, ele sempre a perseguia inconformado e um mês antes do sequestro chegou a espancá-la (GUABIRABA, 2012). Lindemberg não queria que Eloá estivesse com ninguém mais a não ser ele próprio.

Ele foi acusado por 12 crimes e condenado a 98 anos e 10 meses de reclusão, dentre os crimes se destaca o homicídio qualificado por motivo torpe. Depois de quase cinco anos preso a pena foi reduzida para 39 anos e 3 meses de prisão em regime fechado (RIBEIRO, 2013).

7.5 Caso Mizael Bispo e Mércia Nakashima

Em 2010 a advogada Mércia, aos 28 anos, desapareceu e foi encontrada quase 20 dias depois morta em uma represa no interior de São Paulo. A perícia apontou que ela foi ferida a tiros, mas morreu por afogamento quando seu carro foi empurrado na água (BIANCHINI, 2013).

O principal suspeito, e que por fim foi condenado, foi seu ex-namorado Mizael, de 43 anos, advogado e policial militar reformado. Segundo a família de Mércia ele era ciumento possessivo. O motivo, portanto, era que ele se sentia humilhado pelo fim do relacionamento (BIANCHINI, 2013).

Ele, por ser advogado, conhecedor da lei e de recursos para controlar seus sentimentos, foi egoísta e infeliz ao tirar a vida de Mércia.

Foi condenado a 20 anos de reclusão por homicídio qualificado por motivo torpe, emprego de meio cruel e impossibilidade de defesa da vítima (BIANCHINI, 2013).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homicídio passional é, na maioria das vezes, realizado a partir de motivações sentimentais, como ciúmes, paixão intensa ou ódio. Para o Código Penal brasileiro a emoção ou a paixão não exclui a culpabilidade de quem fere ou mata outra pessoa (art. 28, I, do CP). Com isso, para o direito penal positivado na forma escrita, não há tratamento mais ameno para o homicida passional.

Foi demonstrado nesse artigo, que em relação ao privilégio, ou seja, a atenuação da pena, pouco ocorre nos julgados atuais. Isso porque, entende-se que as motivações dos homicidas passionais, como forte paixão, ciúmes, legítima defesa da honra e vingança, são considerados motivos torpes. Todavia, uma minoria associa o ciúme e a vingança a sentimentos capazes de atormentar uma pessoa a ponto desta não estar agindo por motivo torpe. Em vista do apresentado, essa pesquisadora, enquanto opinião pessoal, concorda com o posicionamento que vem sendo adotado pela doutrina e jurisprudência majoritária, sendo assim, associa os sentimentos citados como torpes e egoísticos, pois se limitam a satisfazer os interesses daquele que o sente.

Ainda, na maioria dos casos, o homicida passional além de ser motivado por razões sem relevante valor social ou moral, atua de forma premeditada e planejada,

muitas vezes, impossibilitando a defesa da sua vítima. Fato que também auxilia para a qualificação do crime, que constitui a maioria dos casos.

Isso porque os homicidas buscam a eliminação da vida daquela pessoa que decide terminar um relacionamento, não quer mais amar e nem ser amado pelo homicida. A reação desta ação é a intolerância, a mesquinharia, o desejo próprio exaltado como o único que importa entre os dois, dessa forma, o homicida se vê completamente no direito de descarregar sua cólera ceifando a vida do outro. Por isso, na maioria dos julgados, os magistrados entendem que o motivo torpe (ciúme, vingança, etc.), a traição, a emboscada, o motivo fútil são qualificadoras que estão presentes nos atos dos homicidas passionais.

Em verdade, o legislador do Código Penal não se deteve ao fato de que os sentimentos, de uma forma geral, e a paixão intensa, de forma especial, podem perturbar a consciência, o discernimento e o autocontrole dos seres humanos. Felizmente, pois não se podem mascarar esses crimes justificando o descontrole, pois, aquele que não se encontra em seu estado normal deve procurar ajuda e não cometer atos ilícitos para descarregar sua consciência perturbada. De fato, a paixão não deve ser justificativa para a prática de homicídio, pois deve ser buscado o bem jurídico maior, ou seja, a segurança coletiva e a convivência em paz entre as pessoas de forma que cada um respeite o livre-arbítrio do outro.

A partir disso, entende-se que a lei positivada não só não atenua a culpabilidade (por ser motivo torpe), mas considera a conduta como uma forma qualificada de homicídio. Sendo assim, terá pena mais grave e consequências repressivas resultantes do fato ser considerado crime hediondo.

A realização desse artigo foi de suma importância para o entendimento e esclarecimento do homicídio passional, visto que vem tendo notoriedade maior nos últimos tempos. A disparidade de julgados, de pensamentos, de conclusões que ocorrem auxiliou para que essa pesquisa fosse realizada com o objetivo de aventar a classificação mais aceitável ao homicídio passional, estando dividido entre ser privilegiado ou ser qualificado.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Jorge W. F. Mal-estar e amor. *Rev. Psiquiatr. Clín.* vol. 33. n. 6. p. 337-341. 2006. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101--08320060006000007&lng=pt&nrm=isso]. Acesso em: 02.10.2013.

BERALDO JUNIOR, Benedito Raymundo. Legítima defesa da honra com causa excludente de antijuricidade. *Jus Navigandi*. ano 8. n. 367. Teresina, 9 jul. 2004. Disponível em: [http: //jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5418]. Acesso em: 20.03.2013.

BIANCHINI, Alice. Mizael Bispo é condenado a 20 anos pela morte da ex-namorada Mércia. *Atualidades do Direito*. 15 mar. 2013. Disponível em: [http://atualidadesdodireito.com.br/alicebianchini/2013/03/15/mizael-bispo-e-condenado-a-20-anos-pela-morte-da-ex-namorada-mercia/]. Acesso em: 22.08.2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Org. Alexandre de Moraes. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Vade Mecum*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recuso Especial 1072952/RN 2008/0151300-0, da 5.ª Turma, Relator: Ministra Laurita Vaz, data de julgamento: 29.04.2010, *DJe* 24.05.2010. Disponível em: [http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14361975/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1072952-rn-2008-0151300-0/inteiro-teor-14361976]. Acesso em: 02.10. 2013.

_____. _____. *Informativo de Jurisprudência*. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=legitima+e+defesa+e+da+e+honra+&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO]. Acesso em: 06.08.2015.

_____. _____. Recurso ordinário em *Habeas Corpus* 5966/SP 2013/0059475-1, da 5.ª Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi, data de julgamento: 04.06.2013. Disponível em: [http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23369437/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-35966-sp-2013-0059475-1-stj]. Acesso em: 29.09.2013.

_____. _____. Recurso ordinário em *Habeas Corpus* 25416/SP 2009/0021363-0, Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 22.06.2010. Disponível em: [http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15465290/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-25416-sp-2009-0021363-0/inteiro-teor-15465291]. Acesso em: 02.10.2013.

_____. _____. Recurso Especial 1517/PR 1989/0012160-0, Ministro José Candido de Carvalho Filho, data do julgamento: 11.03.1991. Disponível em: [http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/597202/recurso-especial-resp-1517-pr-1989-0012160-0]. Acesso em: 07.08.2015.

BUKOWSKI, Henry Charles. *Pensador.Info*. Disponível em: [http://pensador.uol.com.br/autor/charles_bukowski/]. Acesso em: 18.08.2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAVALCANTE, A. M. *O ciúme patológico*. Rio de Janeiro: Record, Rosa dos Tempos, 1997.

COURA, Kalleo. Cabeça do assassino. *Revista Veja*. ano 43. n. 46. ed. 2191. São Paulo: Abril, nov. 2010.

ELUF, Luiza Nagib. Morte Anunciada, Eloá não foi um caso isolado de homicídio passional. Foi mais um. *Conjur – Consultor Jurídico*. 28 out. de 2010. Disponível em: [www.conjur.com.br/2008-out-28/eloa_nao_foi_isolado_homicidio_passional]. Acesso em: 29.06.2013.

_____. *A paixão no banco dos réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito 48080170045/ES 48080170045, da 1.ª Câmara Criminal, Relator: Ney Batista Coutinho, data de julgamento: 29.02.2012, data de publicação: 09.03.2012. Disponível em: [http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21352483/recurso-sentido-estrito-48080170045-es-48080170045-tjes]. Acesso em. 01.10.2013.

FARIAS JÚNIOR, João. *Manual de criminologia*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1993.

FERLIN, Danielly. Dos crimes passionais: uma abordagem atual acerca dos componentes do homicídio por amor. *JurisWay – Sistema Educional Online*. set. 2010. Disponível em: [www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4355]. Acesso em: 20.03.2013.

FERREIRA, Kátia Regina de Oliveira; MAZZUCHELL, Camila Gonçalves. Crime passional: quando a paixão aperta o gatilho. *Intertemas – Unitoledo*. Disponível em: [http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1393/1331]. Acesso em: 20.08.2013.

GAIA, Luciana Garcia. Homicídios passionais: a paixão e sua motivação para o crime. *Univem Aberto*. Marília, 29 nov. 2010. Disponível em: [www.aberto.univem.univem.edu.br/handle/11077/549]. Acesso em: 23.07.2013.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. vol. 2.

GUABIRABA, Lúcia Ferraz. O contexto do caso Eloá. *Psicologia e Crime Blog*. 13 de fev. de 2012. Disponível em: [http://psicologiaecrime.wordpress.com/2012/02/12/o-contexto-do-caso-eloa/]. Acesso em: 25.07.2013.

GUILHERME DE PÁDUA. *Wikipédia, a enciclopédia livre*. Flórida: Wikipédia Foundation, 2013. Disponível em: [http://pt.wikipediaorg/w/index.php?title=Guilherme_deP%C3%A1dua&oldid=35833893]. Acesso em: 29.05.2013.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 2.

LEAL, João José. Cruzada doutrinária contra o homicídio passional, análise do pensamento de Leon Rabinowicz e de Nelson Hungria. *Jus Navigandi*. ago de 2005. Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/7211/cruzada-doutrinaria-contra-o-homicidio-passional]. Acesso em: 22.08.2013.

MAGALHÃES, A. Freitas. *A psicologia das emoções – O fascínio do rosto humano*. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2007.

MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva. 1999. vol. 2.

NASCIMENTO, Jane Matos do. O julgamento dos crimes passionais. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5238].

OLIVEIRA, Lucielly Cavalcante de. Homicídio passional: qualificado ou privilegiado? *Jus Navigandi*. ago. 2006. Disponível em: [http://jusvi.com/artigos/22121/5]. Acesso em: 21.03.2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 1534009/PR 0153400-9, da 1.ª Câmara Criminal, Relator: Tadeu Costa. data do julgamento: 03.06.2004. Disponível em: [http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6383912/apelacao-crime-acr-1534009-pr-0153400-9/inteiro-teor-12500160]. Acesso em: 05.08.2015.

_____._____. Apelação Crime 9031930/PR 9031930, da 1.ª Câmara Criminal, Relator: Wellington Emanuel C. de Moura, data de julgamento: 05.07.2012. Disponível em: [http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21974823/9031930-pr-903193-0-acordao-tjpr/inteiro-teor-21974824]. Acesso em: 01.10.2013.

PIAUÍ. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 201000010076630, da 2.ª Câmara Especializada Criminal. Relator Des. Erivan da Silva Lopes, data de julgamento: 24.05.2011. Disponível em: [http://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19101195/apelacao-criminal-acr-201000010076630-pi]. Acesso em: 18.10.2013.

PINHO, Débora. O crime que fez mudar a Lei dos Crimes Hediondos. *Consultor Jurídico – Conjur*. 9 de jul de 2009. Disponível em: [www.conjur.com.br/2009-jul-09/imagens-historia-crime-fez-mudar-lei-crimes-hediondos]. Acesso em: 18.08.2013.

QUEIROZ, Daniela Soares de. A paixão e o crime passional. *Psicologado Artigos*. 16.10.2012. Disponível em: [http://artigos.psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/a-paixao-e-o-crime-passional]. Acesso em: 19.08.2013.

RIBEIRO, Rafael. Lindemberg tem pena reduzida para 39 anos. *Diário do Grande ABC*. 05.06.2013. Disponível em: [www.dgabc.com.br/Noticia/460169/lindemberg-tem-pena-reduzida-para-39-anos-pelo-tribunal-de-justica]. Acesso em: 25.07.2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de justiça. Apelação Crime 70045774106, da 3.ª Câmara Criminal, Relator: Nereu José Giacomolli, data de julgamento: 15.03.2012, data de publicação: *Diário da Justiça* de 02.04.2012. Disponível em: [http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21469550/apelacao-crime-acr-70045774106-rs-tjrs]. Acesso em 01.10.2013.

ROJAS, Thays Abud. Homicídios passionais e sua causa privilegiadora. São Paulo, 2006. Disponível em: [http://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/thar.pdf]. Acesso em: 02.10.2013.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 10000320060000077/RO 100.003.2006.000007-7, da 1.ª Vara Criminal, Relator: Juiz Léo Antônio Fachin, data de julgamento: 23.08.2007. Disponível em: [http://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6396823/apelacao-criminal-apr-10000320060000077-ro-1000032006000007-7/inteiro-teor-12512683]. Acesso em: 01.10.2013.

SCOTTI, Amanda Rosso. A figura dos crimes passionais e sua abordagem atual nos julgamentos perante o Tribunal do Júri. Unesc, jun. 2012. Disponível em: [http://repositorio.unesc.net/bitstream/handle/1/1174/Amanda%20Rosso%20Scotti.pdf?sequence=1]. Acesso em: 15.08.2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 9074408722001826/SP 9074408-72.2001.8.26.0000, da 4.ª Câmara Criminal, Relator Eduardo Braga, data do julgamento: 01.03.2011. Disponível em: [http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18386358/apelacao-apl-9074408722001826-sp-9074408-7220018260000]. Acesso em: 18.10.2013.

SILVA, Gastão Pereira. *Enciclopédia de Psicologia e Psicanálise*. Belo Horizonte: Itatiaia Ed., 1968.

SIQUEIRA, Flávia. A vingança em um Estado Democrático de Direito. Publicado em 19 de abril de 2010. Disponível em: [http://justicaevinganca.blogspot.com.br/2010/04/vinganca-em-um-estado-democratico-de.html]. Acesso em: 07.08.2015.

TOIGO, Daliane Mayellen. Breve análise das teses defensivas da legítima defesa da honra e da privilegiadora da violenta emoção no tribunal do júri em homicídios passionais praticados por homens contra mulheres. *Unoesc & Ciência – ACSA*. vol. 1. n. 1. p. 13-20. jan.-jun. 2010. Disponível em: [http://editora.unoesc.edu.br/index.php/acsa/article/view/66]. Acesso em: 28.06.2013.

VIEIRA SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim. A aplicação obrigatória das atenuantes na segunda fase de cálculo da pena. *Âmbito Jurídico*. XV. n. 104. Rio Grande, set. 2012. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12234]. Acesso em: 02.10.2013.

ZUIN, Antônio. A educação de Sísifo: sobre ressentimento, vingança e amok entre professores e alunos. *Educ. Soc.* vol. 29. n. 103. Campinas maio-ago. 2008. Scielo. ago. 2008. Disponível em [www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302008000200014&script=sci_arttext]. Acesso em: 02.10.2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A perturbação dos sentidos e da inteligência, de Renê Ariel Dotti – *RBCCrim* 9/180-185 (DTR\1995\523);
- Da privação dos sentidos à legítima defesa da honra: considerações sobre o direito e a violência contra as mulheres, de Andrea Borelli – *RBCCrim* 54/9-42 (DTR\2005\327); e
- Homicídio privilegiado, de Fernando de Almeida Pedroso – *RT* 695/279-287, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 5/383 (DTR\1993\719).

Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista

Intimate conviction, the jury veredict delivery and appeals based on elements contrary to the evidences of the process: the need of a compatible conformation with a process based in guaranteeism (Ferrajoli's doctrine of criminal "garantismo")

Antonio de Holanda Cavalcante Segundo

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Especialista em Direito Processual Penal (2012) pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (Esmec). Graduado em Direito (2009) pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Membro do Grupo de Pesquisa "Tutela penal e processual penal dos direitos e garantias fundamentais" (Unifor), vinculado ao Laboratório de Ciências Criminais (Lacrim – Unifor). Advogado Criminalista.
holanda.segundo@gmail.com

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Doutor em Direito Tributário, Mestre e Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (Unifor – Mestrado e Doutorado). Líder do Grupo de Pesquisa "Tutela penal e processual penal dos direitos e garantias fundamentais" (Unifor), vinculado ao Laboratório de Ciências Criminais (Lacrim – Unifor). Membro do Instituto Brasileiro de Processo Penal (Ibraspp), sendo Coordenador Regional do Estado do Ceará. Advogado Criminalista.
nestoreasantiago@gmail.com

Área do Direito: Processual; Penal

Resumo: A teoria do garantismo penal, principiada por Ferrajoli, tem buscado tanto, por um lado, legitimar a atuação estatal por meio do Direito Penal, como, por outro, conter o seu expansionismo, jogando suas luzes sobre o processo penal. A minirreforma processual penal de 2008 consagrou o princípio da íntima convicção dos jurados na prolação dos veredictos, estabelecendo a obrigatoriedade da quesitação genérica acerca da absolvição do réu, o que, para muitos, representa a possibilidade de fazê-lo por piedade ou clemência. Dentro de um contexto (processual) penal garantista, necessário se faz reinterpretar o dispositivo do art. 593, III, *d*,

Abstract: The doctrine of criminal "garantismo" (guaranteeism), begun by Ferrajoli, has sought on the one hand, to legitimize state action through criminal law while on the other, to contain its expansionism; thus enlightening the criminal proceedings. The criminal procedure mini makeover of 2008 enshrined the principle of intimate conviction of the jurors in the delivery of verdicts, establishing the mandatory generic questions about the absolution of the defendant which, for many, represents the possibility of absolving someone out of pity or mercy. Within a criminal "garantista" (procedural) context it is paramount to reinterpret

Cavalcante Segundo, Antonio de Holanda; Santiago, Nestor Eduardo Araruna. Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 149-172. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

do CPP, que possibilitaria às partes recorrer de veredicto contrário à prova dos autos, diante do princípio da íntima convicção conjugado com o da soberania dos veredictos.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Júri - Íntima convicção - Soberania dos veredictos - Absolvição por clemência - Cabimento recursal.

art. 593, III, d, of the Criminal Law Procedure Code which would allow the parties to appeal against verdict contrary to the evidence of the case based on the principle of intimate conviction in conjunction with that of the sovereignty of verdicts.

KEYWORDS: The jury - Intimate conviction - Sovereignty of the verdicts - Absolution for mercy - Guaranteeism (Criminal "garantismo" doctrine).

SUMÁRIO: 1. Delineamento da controvérsia - 2. O garantismo como base principiológica do Direito (Processual) Penal - 3. A quesitação do Júri e a consagração do princípio da íntima convicção dos jurados: reflexos no cabimento do recurso de apelação com fulcro na contrariedade à prova dos autos - 4. As (incipientes) altercações jurisprudenciais sobre o tema: debate levado ao STF no RHC 117076 - 5. Considerações derradeiras - 6. Referências bibliográficas.

1. DELINEAMENTO DA CONTROVÉRSIA

O Código de Processo Penal (CPP) sofreu considerável reforma em 2008, a qual alterou substancialmente o procedimento do Júri, potencializando o princípio da íntima convicção dos jurados na prolação dos veredictos, o qual já decorria dos princípios constitucionais do sigilo das votações e da soberania dos veredictos (art. 5.º, XXXVIII, *b* e *c*, da CF). Diferentemente do livre convencimento motivado, sistema de avaliação de prova previsto no CPP como regra geral, em seu art. 155, *caput*, a íntima convicção possibilita a valoração de elementos externos aos autos e ao Direito, possibilitando, quiçá, uma absolvição por piedade ou clemência, embora haja quem sustente que uma eventual obrigação de motivação, se realizada de maneira anônima, não violaria o sigilo e a soberania dos veredictos.

Dentro de um contexto de processo penal com base garantista, ou seja, que esteja voltado para garantir os direitos fundamentais do acusado e protegê-lo do Poder Estatal, faz-se necessário reinterpretar o cabimento do recurso de apelação contra decisão manifestamente contrária à prova dos autos, quando os jurados decidem em resposta ao quesito genérico implementado após a minirreforma de 2008, o qual indaga dos juízes leigos, simplesmente, se absolvem o acusado, sem os fazer aderir a uma tese específica que redundasse na absolvição. A questão se torna ainda mais delicada na hipótese de absolvição em resposta ao referido quesito, quando não foi ventilada tese de negativa de autoria, ou, ainda, quando, arguida esta como única tese, os jurados reconhecem a autoria, mas absolvem o imputado.

A questão tem sido recentemente debatida pelos tribunais, embora ainda de modo incipiente, se encontrando, todavia, em discussão no âmbito do STF, no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (ROHC) 117076, no qual o recorrente questiona especificamente o objeto do presente trabalho.

CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 149-172. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

Analisar-se-á, primeiramente, as bases do garantismo penal, a fim de se conceituar e estruturar um chamado garantismo processual, para, em seguida, abordar o posicionamento da instituição do Júri na Constituição e sua estrutura legal fundada na íntima convicção e no respeito à soberania, para encontrar a melhor exegese no que diz respeito ao cabimento da apelação contra veredictos que contrariem as provas do processo. Por último, serão analisadas as manifestações jurisprudenciais que têm enfrentado, de algum modo, a controvérsia.

Por meio da análise da doutrina, da legislação vigente e da jurisprudência, objetivar-se-á concluir no sentido de que a correta exegese do art. 593, III, *d*, do CPP, é no sentido de que o recurso nele positivado é de uso exclusivo da defesa, tendo em vista que seu uso pelo órgão acusador violaria o princípio da íntima convicção e da soberania dos veredictos.

2. O GARANTISMO COMO BASE PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO (PROCESSUAL) PENAL

A teoria do garantismo, principiada por Luigi Ferrajoli, buscou legitimar a atuação do Estado por meio do Direito Penal, visando a conter o expansionismo penal. Essa doutrina inovou a teoria geral do direito, servindo de *standard* para uma Ciência Jurídica que busque a efetivação dos direitos fundamentais e o respeito à dignidade da pessoa humana.[1] Assim, o garantismo jurídico atuaria como limitador do poder estatal, sempre fundado nos direitos individuais, influenciado que é pelos ideais liberais iluministas.[2] Da teoria garantista, segundo Ferrajoli,[3] ressai a conclusão de que não deve o magistrado sujeitar-se à lei enquanto mero texto, isto é, não deve prender-se à sua literalidade, mas, outrossim, deve sujeitar-se à lei válida, entendida essa validade como a coerência dos significados semânticos extraídos da lei com a Constituição.

Dissertando sobre o que denomina dimensões do poder judicial, Ferrajoli[4] estabelece que o nexo entre jurisdicionalidade e legalidade, que norteia a atividade do juiz, dificulta a implementação do modelo penal garantista, que "no se satisface con el plano legislativo, se abren en el plano judicial espacios inevitables de discreciona-

1. ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico: teoria geral do direito*. Florianópolis: Habitus, 2003. p. 20.
2. Idem, p. 20-21.
3. FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 90-91.
4. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 39.

CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 149-172. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

lidad dispositiva que comprometen tanto el carácter cognoscitivo del juicio como su sujeción sólo a la ley". Mónica María Bustamante Rúa[5] sustenta que a primeira tese do garantismo "implica que todas as garantias, desde as penais às processuais, são técnicas dirigidas a minimizar ou reduzir o poder punitivo do Estado, com o propósito de reduzir os espaços para o arbítrio judicial e a aflitividade das penas".

Ferrajoli[6] elenca dez axiomas que norteariam o sistema garantista, e por meio dos quais se formulam dezenas de teses, destacando-se, para os fins do presente trabalho, o nono axioma, consistente no brocardo *nulla accusatio sine probatione*, identificado com o que o autor denomina princípio da carga probatória ou da verificação. Ele entende que o modelo de garantismo penal se completa com o modelo subsidiário de garantias processuais, consubstanciado em quatro princípios que norteariam a tarefa de *quando* e *como* julgar, a saber: 1. presunção de inocência; 2. princípio acusatório; 3. princípio da carga probatória; e 4. direito de defesa.[7]

Crê-se que essa ideia se alinha à visão de Goldschmidt,[8] que enxerga o processo como um complexo de situações jurídicas que dão origem a expectativas, perspectivas, chances, cargas e liberação de cargas. Aury Lopes[9] explica que, neste modelo de processo (penal), a chamada carga probatória é exclusiva da acusação, ante a proteção do réu sob o manto da presunção de inocência (primeiro princípio norteador do garantismo, segundo Ferrajoli, como citado acima). O processo estaria marcado pela epistemologia da incerteza, sendo a sentença mais um ato de crença, de fé. Deste modo, há a ideia, para a defesa, de *risco*, em contraposição à de *liberação de cargas probatórias* para a acusação. Não aproveitando as *chances* que detenha de convencer o juiz, a defesa assume o *risco* de uma sentença desfavorável, cuja *perspectiva* de acontecer é maior quanto mais a acusação se libere de suas *cargas*. Complementando este entendimento, Calamandrei[10] via o processo como um jogo,

5. RÚA, Mónica María Bustamante. La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano. *Opinión Jurídica*. vol. 9. n. 17. p. 73. Medellín, jan.-jun. 2010. semestral.
6. FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema... cit., p. 93.
7. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 537.
8. Apud LOPES JR., Aury. (Re)Descobrindo as teorias acerca da natureza jurídica do processo (penal). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 75. p. 51. São Paulo, nov.-dez. 2008. Aury Lopes Jr. realiza estudo acerca da natureza jurídica do processo adotando como referencial teórico a teoria de James Goldschmidt, a partir das seguintes obras do autor: *Derecho justicial material; Derecho procesal civil; Principios generales del processo; Problemas juridicos y politicos del proceso penal.*
9. Idem, p. 52-53.
10. CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. Trad. Roberto B. Del Claro. *Revista Gênesis*. vol. 7. n. 23. p. 191-209. Curitiba, jan.-mar. 2002.

com regras preestabelecidas impostas pelo Estado. Alexandre Morais da Rosa[11] completa este entendimento, ao sintetizar ser o processo penal uma espécie de jogo em que há "conjunto de normas jurídicas" "que estabelecem expectativas de ganho/perda em momentos específicos", "mediante jogadas temporalmente indicadas", "para os quais o Estado Juiz emite comandos" "de vitória/derrota".

Parecendo acostar-se um pouco à epistemologia da incerteza, a qual, para Aury Lopes Jr.,[12] é característica inafastável do processo, Ferrajoli,[13] embora tenha buscado sistematizar um modelo garantista objetivo, admite que no Direito (Processual) Penal sempre haverá um grau de irracionalidade próprio do Estado Policial ou da "Justiça dos Cádis".[14] Nesta toada, Ferrajoli[15] ressalta a impossibilidade de se atingir a certeza no que tange à verdade, admitindo que juízos condenatórios ou absolutórios se baseariam em juízos de probabilidade subjetiva, pois não seria possível valorar objetivamente a probabilidade da veracidade da acusação, mas apenas subjetivamente, sendo esta probabilidade igualmente subjetiva. Se assim não fosse, o princípio do *in dubio pro reo*, entendido como a dúvida objetiva sobre a probabilidade de veracidade da acusação, impediria a prolação de juízos de condenação, "dado que cualquier hipótesis es, por su naturaleza, probabilística y siempre es posible, cualquiera que sea el grado de probabilidad o de confirmación, que sea objetivamente falsa".[16]

Douglas Fischer ressalta que garantismo não se confunde com legalismo, pois, com a visão de que o réu é sujeito de direitos, e não objeto do processo, o juiz deve ater-se não à letra da lei, mas sim à sua interpretação coerente com a Constituição.[17] No entanto, o autor aponta que a proteção aos direitos fundamentais individuais constitui apenas "uma primeira aproximação" da teoria garantista, a qual vai muita além, para proteger igualmente direitos sociais e coletivos e garantir o cumprimento dos "deveres fundamentais" do Estado e do cidadão, no que denomina garantismo penal integral, sendo a ênfase demasiada na proteção apenas dos direitos indi-

11. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 38.
12. LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 55.
13. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 103.
14. O Cádi é o magistrado muçulmano, que acumula, a um só tempo, funções civis e religiosas.
15. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 149.
16. Idem, loc. cit.
17. FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 26.

viduais um desvirtuamento dos postulados garantistas.[18] Nessa toada, Fischer critica o que denomina de "garantismo penal hiperbólico monocular", quando "evidencia-se desproporcionalmente e de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se veem investigados, processados ou condenados".

Não obstante o posicionamento de Fischer seja razoável e encontre respaldo em situações concretas de desvirtuamento dos postulados garantistas, crê-se que o autor parte de dois pressupostos equivocados. O primeiro equívoco está em contrapor os direitos fundamentais individuais aos sociais, quando, na verdade, não há relação de contraposição, mas de complementação e justaposição entre eles. Os direitos e garantias do indivíduo são de toda a sociedade, e é a esta que interessa a observância dos mesmos, para que o Estado Democrático de Direito não regrida à barbárie do Estado arbitrário. A divisão constitucional dos direitos fundamentais em individuais e sociais e coletivos se funda não na oposição entre eles, mas meramente em função da titularidade do direito, questão de caráter formal, não substancial. O segundo equívoco está na confusão entre garantismo e ativismo. O julgador que, invocando axiomas garantistas de maneira genérica, sem a necessária razoabilidade, para inovar em decisões judiciais sem amparo constitucional, não age em nome do garantismo penal, ou age apenas artificiosamente em nome dele, mas, ao revés, incorre em ativismo judicial.

Tomando por base, pois, o sistema garantista, aliando-o à ideia de processo como situação jurídica ou como um jogo com regras preestabelecidas, poder-se-ia afirmar que o processo penal garantista constitui, nos dizeres de Aury Lopes Jr.,[19] um sistema de garantias para o réu, abandonando as ilusões de segurança, vez que incerto seu resultado, e a crença na "bondade dos bons". Para o autor, é pueril a crença de que o processo e o juiz revelariam a verdade, e que a justiça seria concretizada, devendo-se duvidar da bondade dos sujeitos da relação processual e do próprio processo, por meio do questionamento da legitimidade do poder. Adolfo Alvarado Velloso[20] defende que um processo garantista é aquele que guarde coerência (congruência) com a Constituição, e que o garantismo prega nada mais que o respeito à Constituição e aos Pactos internacionais de igual hierarquia, constituindo o processo judicial a garantia máxima de que dispõe o indivíduo para a defesa

18. Idem, p. 26-27.

19. LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., p. 63.

20. VELLOSO, Adolfo Alvarado. El garantismo procesal. 1999. Conferencia pronunciada en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de noviembre de 1999. Disponível em: [www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54]. Acesso em: 25.10.2014.

de seus direitos fundamentais, quando violados.[21] E complementa esta ideia com a noção de que um processo constitucionalmente legítimo será aquele que observe a diretriz garantista para a qual existe, pois o processo jurisdicional nada mais é que uma garantia: do indivíduo e da sociedade perante o poder do Estado.[22]

Ferrajoli[23] critica ainda a instituição do que chama de maxiprocessos, comuns à tendência de se implementar um gigantismo processual, característico, para o autor, do direito penal de exceção, e compreendido sob três enfoques: 1. horizontal, consistente na abertura de "macroinvestigaciones contra centenas de imputados, mediante redadas massivas basadas en frágiles indícios"; 2. vertical, com a multiplicação dos delitos imputados a cada investigado, uns deduzidos dos outros; e 3. temporal, com o prolongamento desarrazoado no tempo dos maxiprocessos. *Contrario sensu*, o modelo de processo penal garantista consistiria, para além de um complexo de situações jurídicas garantidoras dos direitos fundamentais individuais e sociais, um processo objetivo, enxuto, com imputações bem definidas e de razoável duração.

3. A QUESITAÇÃO DO JÚRI E A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ÍNTIMA CONVICÇÃO DOS JURADOS: REFLEXOS NO CABIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO COM FULCRO NA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS

Via de regra, vigora no sistema processual penal brasileiro, em interpretação harmônica com o texto constitucional, o princípio da persuasão racional ou livre convencimento motivado, no que tange à apreciação das causas penais pelo juiz togado. É o que se extrai do art. 93, IX, da CF[24] e do *caput* do art. 155 do CPP.[25] Tal sistemática restringe o julgador às provas encartadas nos autos, sendo livre para

21. VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. Trad. de Glauco Gumerato Ramos. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 28-29.

22. Idem, ibidem.

23. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 823.

24. "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...)."

25. "Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos

valorá-las, mas não sem fundamentar o porquê de apreciar cada prova da maneira que o fizer. É, pois, garantia processual do acusado, no sentido de que a prova por ele produzida será apreciada pelo magistrado e que, no caso de condenação, essa deverá se basear na valoração motivada da prova dos autos, jamais em elementos externos, estranhos ao processo e inalcançáveis pelo imputado.

O Tribunal Popular do Júri, disposto na CF no rol de direito e garantias fundamentais individuais do art. 5.º,[26] consagra, na apreciação do caso concreto pelos jurados, o princípio da íntima convicção, a possibilitar ampla margem de discricionariedade no julgamento da causa pelos juízes leigos, pares do imputado. Tal sistemática possibilita aos jurados decidirem conforme suas consciências, atrelando ou não sua decisão a elementos dos autos ou, inclusive, a elementos externos, sem necessidade de explicitar qualquer fundamentação acerca da escolha realizada. É exceção constitucional ao sistema da persuasão racional, decorrente do sigilo e da soberania dos veredictos. É patente que a própria CF excetua a regra geral neste tocante, mormente se se observar que a disposição constante no art. 93, IX, é relativa à necessidade de fundamentação de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, elencados no artigo anterior,[27] dentre os quais não se insere o Tribunal do Júri. Assim, o juiz-presidente do Júri, togado, estaria vinculado à necessidade de fundamentação, pois que inserido no art. 92, VII, da CF/1988, dentre os "juízes dos Estados", especialmente quando materializa a vontade dos jurados por meio da sentença, procedendo à dosimetria da pena, em caso de condenação. Mas os jurados não se vinculam à norma contida no art. 93, IX, da CF/1988, possuindo a prerrogativa de externar sua convicção de maneira sigilosa, soberana, mediante o fundamento de consciência que lhe aprouver. Não se confunda, contudo, a discricionariedade de que dispõem os jurados com arbitrariedade; neste último caso, a lei prevê instrumentos processuais para mitigar a soberania dos veredictos, conferindo preferência aos direitos e garantias que visam assegurar o *jus libertatis*.

Interessante observar alguns antecedentes históricos do júri popular a demonstrar o privilégio que se deu à íntima convicção dos julgadores. Dois anos após a

informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas."

26. "(...) XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; (...)."

27. "Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios."

Assembleia Constituinte francesa de 1789, o Decreto de 16-19 de setembro de 1791 instituiu o jurado popular, ao qual foi conferida a prerrogativa (princípio) da íntima convicção. Assim prescrevia o Decreto, na forma de juramento lido aos jurados:[28]

"Jurados, decidam conforme os cargos e os meios de defesa e seguindo vossa consciência e íntima convicção, com a imparcialidade e a firmeza que convém a um homem livre. A lei não pede conta acerca dos meios pelos quais os jurados formam sua convicção: não lhes prescreve, em absoluto, regras as quais devam aderir especialmente a plenitude ou a suficiência de uma prova; lhes pede que interroguem a si mesmos em silêncio e recolhimento e busquem, na sinceridade de sua consciência, que impressão tenham feito sobre sua razão as provas aportadas contra o acusado e os meios de defesa". A lei não lhes diz em absoluto: "tendes por verdadeiro todo fato testemunhado por tal número de depoimentos, ou não considereis suficientemente estabelecida toda prova que não se haja formado com tantos depoimentos ou indícios"; não lhes faz mais que esta pergunta, que encerra toda a medida do seu dever: "Tens uma íntima convicção?".

Ferrajoli[29] traz ainda o posicionamento de diversos doutrinadores clássicos sobre a íntima convicção, como Massimo Nobili, o qual entende que há muito tem sido aplicável somente aos jurados, que diferem do juiz, por não deterem conhecimentos técnicos acerca da lei, bem como por serem pares do acusado, enquanto Lauzé di Peret defende que a convicção do juiz se distingue do convencimento do jurado, pois, enquanto aquela advém da lei, esse advém do momento da discussão e se revela um ato de soberania, complementando que os jurados representam o acusado – são seus pares – bastando, assim, qualquer convicção para que o julguem de uma forma ou de outra, não tendo que prestar conta dos motivos determinantes de seu posicionamento; já Carrara adota idêntico posicionamento quanto à compatibilidade do sistema da íntima convicção com o julgamento popular.

Conquanto seja crítico ferrenho do sistema da íntima convicção, por entendê-lo inconstitucional, diante do princípio da motivação das decisões (art. 93, IX, da CF), o qual já se explicou ser excetuado pelo próprio texto constitucional, Paulo Rangel[30] reconhece ser tal sistema adotado desde os primórdios da instituição do Júri no Brasil,[31] persistindo até os dias atuais, decorrente que é da ideia dos jurados

28. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 136-137 e 186.

29. Idem, p. 192.

30. RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e dogmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 44.

31. Na contramão do quase consenso doutrinário, que admite a adoção pelo ordenamento brasileiro do sistema da íntima convicção dos jurados (independentemente de discordâncias quanto à sua conveniência ou constitucionalidade), Heráclito Mossin (*Júri: crimes e*

como emissários da vontade divina,[32] que decidem com base no *vere dictum*, ou *dizer a verdade*, independente de provas. Calha aqui traçar paralelo necessário com o que Ferrajoli, como já citado, denominou "Justiça dos Cádis". Os jurados, de certa forma, possuem um aspecto de divindade, no sentido de poderem tirar o veredicto de seu sentimento íntimo de Justiça, de sua psique, julgando seus semelhantes por sua própria consciência, podendo, inclusive, ser clementes ou piedosos, sem apegos a técnicas jurídicas, tal qual o Messias, piedoso e clemente, voltaria para julgar os vivos e os mortos.

Marrey, Franco e Stoco[33] aduzem que o jurado, ao contrário do juiz togado, "julgam de acordo com seu livre convencimento, de modo que o voto pode ir além do afirmado e provado". Na mesma toada, Joel Eliseu Galli[34] afirma que o júri leigo toma suas decisões com base na íntima convicção, o que possibilita, nos seus dizeres, que o "dogmatismo 'inflexível' que orienta as decisões dos magistrados togados ceda lugar a uma empatia com a sorte e o destino do acusado, derivada, no mais das vezes, do aporte cultural-valorativo do Conselho de Sentença". O autor prossegue defendendo que tal empatia faz com que seja garantia individual do acusado ser julgado pelo Tribunal Popular, de modo a constituir "salvaguarda, capaz, inclusive, de gerar absolvição mesmo quando demonstradas, de forma patente, autoria e materialidade do delito", valendo destacar que, "ainda que todo o conjunto probatório indique que o acusado deva ser condenado, nada impede que os jurados, invocando a própria consciência, absolvam-no".[35] Tal conclusão é plenamente compatível com as disposições recursais previstas no Código de Processo Penal, pois, caso provida apelação acusatória, mediante reconhecimento de decisão manifestamente

---

processo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 376 e 450-451) entende que, mesmo aos jurados, aplica-se o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, positivado no art. 155 do CPP, de aplicação aos juízes togados, asseverando que a alusão à "consciência" dos jurados na exortação que lhes é feita não permite que estes julguem em descompasso com a prova, defendendo ainda que o quesito acerca da absolvição do réu, previsto no art. 483, III, e § 2.°, do CPP, não é obrigatório, sendo um "absurdo lógico se o juiz incluir no questionário quesito envolvendo a absolvição do réu, se não houver pedido ou qualquer tipo manifestação a respeito".

32. Paulo Rangel (op. cit., p. 44) afirma, citando Rogério Lauria Tucci, que o número mais comum de jurados no direito comparado é de 12, tal qual o número de apóstolos que seguiram Cristo.

33. MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do Júri*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994. p. 262.

34. GALLI, Joel Eliseu. A representatividade garantista do júri popular na raiz constitucional como forma de repulsa ao recurso da dúvida como fundamento da decisão de pronúncia. [201–]. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 25.10.2014.

35. Idem.

contrária à prova dos autos (cujo cabimento será adiante analisado), os jurados, em novo Júri, podem novamente ignorar tal prova e absolver o imputado, não restando nada a ser feito pelo órgão acusador. O mesmo não se diga com relação à condenação contrária ao acervo probatório, uma vez que, mesmo que anulado o júri e novamente condenado o réu, este poderia ter sua condenação, caso se torne definitiva, revertida em sede de revisão criminal.

No júri espanhol, como acentua Victor Morena Catena,[36] o próprio Ministério Público pode dispor do Tribunal do Júri, ignorando o conteúdo material do processo e retirando a pretensão acusatória com "imparcialidade, objetividade e independência funcional", redundando na dissolução do Júri e absolvição do processado. Com mais razão, então, seria dado aos julgadores dispor deste conteúdo processual para absolver o réu, se assim indicar o sentimento íntimo de justiça, a íntima convicção. Carlos Roberto Bacila[37] pontua que no sistema da íntima convicção "o juiz não precisa fundamentar sua decisão e, muito menos, obedecer a critério de avaliação das provas. A intuição da verdade adquire grande prestígio".

Estes, aliás, são os parâmetros volitivos adotados no art. 472 do CPP, em que consta a exortação que será feita aos jurados: "Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça". Em conformidade com a exortação, que já constava da redação original do CPP, no art. 464, o sistema de quesitação sofreu forte alteração com a minirreforma processual penal havida em 2008, o qual condensou todas as alegações defensivas em um único quesito, de formulação obrigatória,[38] após os quesitos igualmente obrigatórios sobre materialidade e autoria, no qual se indagará dos jurados, simplesmente, se absolvem o réu.[39] Assim, ao declarar unicamente que absolvem o acusado, os jurados poderiam estar aderindo a quaisquer teses defensivas, a todas elas ou a nenhuma, inclusive. Note-se que tal quesito tem vez ainda quando da resposta afirmativa dos

36. Apud RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 123.

37. BACILA, Carlos Roberto. Princípios de avaliação das provas no processo penal e as garantias fundamentais. In: BONATO, Gilson (org.). *Garantias constitucionais e processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 100.

38. Entendimento amplamente majoritário na doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores, no que diz respeito à obrigatoriedade da formulação do quesito previsto no art. 483, III, do CPP.

39. "Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: I – a materialidade do fato; II – a autoria ou participação; III – se o acusado deve ser absolvido; (...) § 2.º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do *caput* deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?"

jurados aos itens que perquirem materialidade e autoria, e seja a negativa desta última a única tese defensiva, ou até mesmo quando sequer haja tese de negativa de autoria, como, por exemplo, no caso de a defesa postular, unicamente, a retirada de qualificadoras ou o reconhecimento de privilégio, ocasião em que, ainda assim, poderiam os jurados absolver o acusado em resposta ao terceiro quesito – mas não em resposta ao segundo, pois configuraria contradição a redundar na dissolução do Júri.

Guilherme Madi Rezende[40] preceitua que o quesito genérico e obrigatório sobre a absolvição, introduzido pela minirreforma do processo penal de 2008, teria duas finalidades: a de condensar em uma só pergunta todas as teses de defesa, simplificando o entendimento dos jurados e findando a causa de nulidade de quesitação que soia se verificar; e também de permitir ao jurado absolver por qualquer razão, invocada ou não pela defesa, como a clemência. Para Rezende,[41] o referido quesito não se atrela aos fatos em si, que são objetos dos quesitos acerca da materialidade e autoria, mas sim à "sensibilidade do jurado ao analisar o caso", podendo ele "absolver por clemência, piedade, compaixão ou qualquer sentimento que lhe mova a tomar tal decisão". Deste modo, o autor conclui que a absolvição por resposta a este quesito não permite que se afira sua convergência com o arcabouço probatório do processo, vez que o legislador garantiu aos jurados a prerrogativa de decidir mesmo em descompasso com a prova, se absolutório o veredicto.

O mesmo não se diga, contudo, quando a absolvição resulte da resposta ao primeiro ou segundo quesitos, pois os jurados estariam expressamente acolhendo tese de negativa de materialidade ou autoria, passíveis de averiguação quanto à convergência com a prova dos autos, bem como o veredicto condenatório, o qual implicaria a rejeição das teses defensivas absolutórias e acolhimento da pretensão acusatória, igualmente passível de controle judicial pertinente à eventual contrariedade manifestada aos elementos probatórios.

Guilherme Nucci[42] pontua que, respondendo afirmativamente ao quesito genérico absolutório, resta impossível se aferir a razão do veredicto absolutório, podendo ter o Conselho de Sentença absolvido o réu "por pura clemência, sem apego a qualquer das teses defensivas", o que tornaria o veredicto efetivamente soberano neste caso, impossibilitando juízes e tribunais togados de "imiscuir-se no

40. REZENDE, Guilherme Madi. Júri: decisão absolutória e recurso da acusação por manifesta contrariedade à prova dos autos – Descabimento. 2010. *Boletim* 207. fev. 2010. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 25.10.2014.

41. Idem.

42. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 812.

mérito da solução de absolvição". No mesmo sentido, Andrey Borges de Mendonça[43] defende que o jurado possui o poder de "absolver o acusado por qualquer causa imaginária, mesmo que não alegada pelas partes (clemência, por exemplo)". Pontua ainda o autor que, "na antiga sistemática, as possibilidades de absolvição eram limitadas pelas teses apresentadas pela defesa, o que mitigava, de certa forma, a possibilidade de o jurado absolver com base na íntima convicção", limite este que não mais subsiste após a minirreforma processual penal de 2008. Corroborando a assertiva anterior, Eliete Costa Silva Jardim[44] entende que "a quesitação não é mais lastreada nas teses defensivas", podendo os jurados responder ao quesito genérico "de acordo com o senso de justiça", "por causas supralegais e até mesmo por clemência ou por razões humanitárias", alertando que, "no sistema de quesitação anterior", essa possibilidade já existia, mas "muitas vezes o jurado era compelido a violar sua própria consciência, negando, por exemplo, a autoria, ainda quando dela convencido".

Outro argumento utilizado para sustentar idêntico entendimento diz com o princípio da soberania dos veredictos, o qual conferiria a estes um caráter de imutabilidade.[45] Referido princípio constituiria garantia do acusado, prevista no rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5.º da CF, que só poderia encontrar limitações em face de normas que visassem igualmente garantir direitos de defesa e liberdade.[46] Assim, a apelação acusatória fundada na contrariedade manifesta à prova dos autos violaria norma constitucional garantidora, o mesmo não se podendo dizer com relação ao recurso defensivo, pois que se inseriria no elenco de instrumentos jurídicos de uso exclusivo do acusado, como o uso de provas ilícitas para comprovar inocência, os embargos infringentes e de nulidade e a revisão criminal, a qual possibilita, inclusive, desconstituição de decisão prolatada pelo Tribunal Popular, quando em manifesto equívoco.[47] Tais previsões não quebrariam a harmonia processual, nem a paridade de armas, vez que são instrumentos de garantia de

43. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008. p. 118.

44. JARDIM, Eliete Costa Silva. Tribunal do Júri – Absolvição fundada no quesito genérico: ausência de vinculação à prova dos autos e irrecorribilidade. *R. Emerj*. vol. 18. n. 67. p. 15. Rio de Janeiro, jan.-fev. 2015.

45. FELBERG, Rodrigo; FELBERG, Lia. A soberania dos veredictos e a inconstitucionalidade da apelação pelo Ministério Público com fundamento no art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal. *Tribuna Virtual*. ano 1. edição 4. p. 8. São Paulo, maio 2013. quinzenal. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Disponível em: [www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/04-01-RodrigoFelbergeLiaFelberg.pdf]. Acesso em: 28.10.2014.

46. Idem, ibidem.

47. Idem, p. 9.

direitos individuais de liberdade.[48] A mitigação da soberania dos veredictos *in favor rei* também é defendida por José Frederico Marques,[49] pois que entende o júri como "instituto destinado a tornar mais sólido e inquebrantável o direito individual de liberdade", e a soberania "enquanto preceito para garantir a liberdade do réu".

Forti[50] chama a atenção para a incipiência do debate, na doutrina e na jurisprudência, acerca do posicionamento estrutural do Tribunal do Júri na Constituição, disposto que está no rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5.º, do que decorreria a ideia do Júri como garantia do acusado, e não mera regra de competência, como já dito. Defende também[51] que a característica de fundamentalidade do Júri implica inadmissibilidade de prevalência de foro por prerrogativa de função e da apelação contra decisão contrária à prova dos autos. Continua, ainda, afirmando[52] que, "não havendo fundamentação, não é possível saber como ou porque tal prova foi valorada ou excluída da valoração", aduzindo também que "se a Constituição assegurou o sigilo das votações, excepcionando a regra da motivação das decisões judiciais, é porque quis permitir que os jurados tivessem a liberdade de julgar contra as provas", sendo relevante ainda atentar-se para a menção à soberania dos veredictos, e não do Júri, pois "a possibilidade de cassação do que foi decidido pelos jurados implica afronta à soberania daquele veredicto a que chegaram, pouco importando se a lei reserva ao Júri a possibilidade de chegar a outro resultado". Conclui o autor[53] que "a possibilidade de absolvição não fundamentada integra o conteúdo garantístico da instituição". Tal posicionamento encontra fundamento na posição de Frederico Marques,[54] para quem o júri não é mero órgão do Judiciário, mas garantia individual do cidadão.

Ronaldo Leite Pedrosa[55] sustenta que, embora da previsão de existência de um recurso decorra a presunção de que ele pode ser utilizado por quaisquer das partes, isso nem sempre acontece, como ocorre com os embargos infringentes e de nulida-

48. Idem, p. 10.

49. MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. São Paulo: Saraiva, 1963. vol. 1, p. 54.

50. FORTI, Iorio Siqueira D'Alessandri. O Tribunal do Júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5.º, XXXVIII, da Constituição da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. ano 3. vol. 3. p. 178. Rio de Janeiro, jan.-jun. 2009. semestral.

51. Idem, p. 185-186.

52. Idem, p. 188.

53. Idem, p. 189.

54. MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 53.

55. PEDROSA, Ronaldo Leite. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos: recurso exclusivo da defesa. 2009. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 25.10.2014.

de, justamente para se tentar realizar uma igualdade material mediante tratamento diferenciado entre acusação e defesa. Assim, entende[56] que, com a quesitação única e genérica acerca da absolvição, sem perquirição específica sobre uma ou outra tese de defesa, não haveria como se comprovar o efetivo acolhimento de uma tese pelos jurados, impossibilitando ao Ministério Público que, em apelação, desenvolva a antítese. Ou seja, se optaram os jurados pela absolvição, a questão é finda, pois decidem de acordo com suas consciências; se votam pela condenação, rejeitaram as teses de defesa e acolheram a pretensão acusatória, não subsistindo o mesmo problema no tocante à apelação defensiva, que, aí sim, poderia desenvolver antítese à tese acusatória, expressamente acatada pelo Júri.

Ferrajoli[57] afirma que "la hipótesis acusatoria debe ser ante todo confirmada por una pluralidad de pruebas o datos probatorios", de tal sorte que, em caso de condenação pelo Júri que não encontre respaldo, ainda que mínimo, nas provas produzidas em juízo, aí, sim, poder-se-ia falar em mitigação dos princípios da soberania dos veredictos e da íntima convicção. É que, como bem acentua Tourinho Filho,[58] a soberania das decisões do Tribunal do Júri cederiam em face do direito de liberdade, o qual se sobreporia aos demais, uma vez que se trata de liberdade pública protetora do indivíduo em face do arbítrio estatal, pilar, pois, do Estado Democrático de Direito. Assim, conclui Heráclito Mossin[59] que "seria intolerável, sob todos os quadrantes, não se admitir a revogação da condenação que o júri proferiu, quando esta, grosseiramente, viola o *ius libertatis* do condenado". No mesmo sentido, Ferrajoli[60] advoga a tese de que "a incerteza se resolve em favor da presunção de inocência, pois a única certeza que se exige do processo é a que afeta aos pressupostos da condenação, e não aos da absolvição".

No VI Encontro Estadual de Defensores Públicos de São Paulo, foi aprovada tese de autoria de Cristina Emy Yokaichiya,[61] a qual veicula o seguinte verbete sumular: "Em caso de absolvição no júri com base no terceiro quesito obrigatório, é inadmissível o recurso da acusação com fundamento no art. 593, III, *d*, do CPP". Na fundamentação da referida tese, sustenta-se que uma absolvição por clemência, por

56. Idem.

57. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 150.

58. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. vol. 4, p. 713.

59. Idem.

60. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 106.

61. PROPOSTA DE TESE n. 02 – Área criminal – do VI Encontro Estadual dos Defensores Públicos de São Paulo. Disponível em: [www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/20/Documentos/TESE 02.pdf]. Acesso em: 25.10.2014.

CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 149-172. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

exemplo, jamais se poderia enquadrar na hipótese de decisão contrária à prova dos autos, e, não havendo fundamentação nos veredictos, nem opção por uma tese específica da defesa na resposta ao quesito do art. 483, III, do CPP, resta impossível avaliar, nesta hipótese, a *ratio decidendi* dos jurados.

Hermínio Marques Porto[62] entende que, embora a resposta dos jurados não seja expressada de modo fundamentado, por estarem "presos a respostas em fórmulas monossilábicas", elas possuem uma espécie de fundamentação implícita, "que pode ser encontrada na análise das provas", para a qual "voltam-se as partes e o Tribunal de segundo grau quando de recursos abordando a decisão dos jurados, debatida como manifestamente, ou não, em oposição à prova dos autos". Tal posicionamento, todavia, parece inadequado, na medida em que aferir qual seria a fundamentação implícita à decisão do jurado, que pode agasalhar toda e qualquer tese, inclusive nenhuma das debatidas, representaria não só um alto grau de subjetividade, mas verdadeiro exercício de vidência, violando, ademais, a soberania e a íntima convicção dos veredictos.

De altíssima relevância para o tema é a posição construída por Geraldo Prado, acerca da inadmissibilidade de interposição de qualquer recurso de mérito pelo órgão da acusação. O autor defende a existência do aspecto substancial do princípio do Juiz Natural, consistente "em considerar que a identidade física do juiz deve ser categoria jurídica deslocada do campo dos estudos relativos ao procedimento, para incorporar-se" ao referido princípio, como espécie de subprincípio.[63] Assim, somente o juiz que tem o contato com a prova produzida poderia prolatar sentença, representando a revisão da causa por um Tribunal mero exercício de interpretação de textos incompatível com a garantia do Juiz Natural, em seu caractere substancial.[64] Neste aspecto, a disciplina recursal deve ser entendida como garantia do acusado, em interpretação conforme à Constituição do Processo Penal, vez que que o direito ao duplo grau de jurisdição, elevado ao nível de norma constitucional pelo Pacto dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto de San José da Costa Rica, estabelecem a possibilidade de recorrer de sentença como direito do acusado, do condenado, não havendo que se falar em bilateralidade recursal, mas unilateralidade.[65] "No Direito inglês e no Direito norte-americano, a ideia do prolongamento do direito de ação e do prolongamento do direito de defesa no plano dos recursos impli-

62. PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 144.

63. PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. In: PRADO, Geraldo. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 40.

64. Idem, p. 41.

65. Idem, p. 41-42.

ca violação do princípio do Juiz Natural", e, "segundo inúmeras decisões da Corte Suprema dos Estados Unidos", que o réu "estará sendo submetido a um segundo julgamento pelo mesmo fato", o que não é admissível pela vedação ao *bis in idem*.[66] Este alerta também é formulado por Julio Maier,[67] para quem a possibilidade de o acusador recorrer das sentenças representaria caso de *ne bis in idem*, pois "el juicio público ante jurados y la concepción del recurso del imputado contra la condena como una garantía procesal penal, impide conceder al acusador más de una oportunidad para perseguir penalmente y lograr la condena".

Pode-se concluir, então, que a exegese do art. 593, III, *d*, do CPP, que prevê o cabimento de apelação quando o veredicto for manifestamente contrário à prova dos autos, de acordo com o texto constitucional e a minirreforma processual penal de 2008, que consagram a íntima convicção dos jurados como *ratio decidendi*, é no sentido de que tal recurso, se fundado em inconformidade contra decisão advinda da resposta ao terceiro quesito, é de uso exclusivo da defesa, pois a íntima convicção não poderia ser utilizada para legitimar condenações sem provas, cedendo em face de direitos de liberdade prementes.

Ora, a possibilidade de os jurados desprezarem a prova e decidirem de acordo com seu sentimento íntimo do que é ou não justo decorre das próprias regras do jogo, preestabelecidas e de conhecimento prévio do Ministério Público, o qual possui, então um duplo ônus quando se fala em julgamento pelo tribunal popular: o de se liberar das cargas probatórias, convencendo os jurados a respeito da materialidade, da autoria, e da improcedência das teses defensivas, e, agora, também o de convencer os juízes leigos da necessidade (justiça) da imposição de uma sanção, evitando a absolvição piedosa. A absolvição por clemência é uma possibilidade, decorrente das regras preestabelecidas, que resulta da perda de chance(s) pelo órgão acusador, quando não se libera a contento de seus ônus.

4. AS (INCIPIENTES) ALTERCAÇÕES JURISPRUDENCIAIS SOBRE O TEMA: DEBATE LEVADO AO STF NO RHC 117076

No âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, havia ampla jurisprudência no sentido de se reconhecer a nulidade do Júri por contradição na resposta aos

66. Idem, p. 42-43.

67. MAIER, Julio B. J. La impugnación del acusador: ¿un caso de *ne bis in idem*?. 2010. Versão parcial e sintética do ponto Posibilidad de impugnar la sentencia de condena, publicado no livro *Derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1996. t I. Disponível em: [www.edgardeleon.com/2010/11/la-impugnacion-del-acusador-un-caso-de.html]. Acesso em: 07.07.2015.

quesitos, quando, sendo a única tese aventada pela defesa a de negativa de autoria, os jurados, mesmo reconhecendo materialidade e autoria, absolvessem o acusado por ocasião da quesitação do art. 483, III, do CPP.[68] Hoje, a maioria das Câmaras Criminais do Tribunal mineiro vem reconhecendo a possibilidade de absolvição por clemência, ante a instituição do quesito genérico obrigatório, admitindo que "atualmente, não há limite para que os jurados possam absolver o réu, ou seja, não estão adstritos às teses apresentadas em plenário pela defesa técnica".[69] Todavia, o julgado não ingressa na questão do cabimento recursal.

No mesmo diapasão, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal[70] julgou apelação em que o Ministério Público questionava a absolvição de réu envolvido na morte de um traficante, quando reconhecidas autoria e materialidade, sendo a negativa de autoria tese solitária. O voto do Desembargador relator foi no sentido de reconhecer a nulidade do julgamento por contradição na resposta aos quesitos, defendendo que o quesito de absolvição genérica haveria de ter sido julgado prejudicado pelo juiz presidente, e não formulado, pois, aos jurados. Venceu, no caso, a divergência, no sentido de que a decisão não fora contrária à prova dos autos, pois, reconhecida a autoria, a absolvição se fundara em motivo outro, inaferível, alegando-se que o Júri "reconheceu uma causa excludente de culpabilidade trazida pela Reforma Penal, qual seja, o que em doutrina se denomina de 'injusto típico'". Neste julgado, impôs-se como ônus da acusação, não só provar materialidade e autoria, mas, outrossim, convencer os jurados da necessidade de imposição de uma pena. Aqui, também, não se tocou na matéria acerca do cabimento do recurso.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul chegou a assentar expressamente a "impossibilidade de o órgão ministerial apelar fazendo uso da alínea *d* do inc. III do art. 593 da Lei Processual Penal, quando o acusado resta absolvido com base no quesito genérico de absolvição, trazido pela Lei 11.689/2008", pois se, "mesmo entendendo que a conduta injusta denunciada foi praticada sem estar abarcada por

68. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão em Apelação Criminal 0664499-31.2007.8.13.0625. Relator: Desembargador Adilson Lamounier. 5.ª Câmara Criminal. Belo Horizonte, MG, 26 de janeiro de 2010. *Diário da Justiça*. Belo Horizonte, 10 fev. 2010.

69. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão em Apelação Criminal 0921825-66.2000.8.13.0024. Relator: Desembargador Eduardo Brum. 4.ª Câmara Criminal. Belo Horizonte, MG, 29 de maio de 2013. *Diário da Justiça*. Belo Horizonte, 5 jun. 2013.

70. DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão em Apelação 0085323-62.2004.8.07.0001. Relator: Desembargador João Timóteo de Oliveira. 2.ª Turma Criminal. Brasília, DF, 2 de setembro de 2010. *Diário da Justiça*. Brasília, 13 out. 2010. p. 81.

qualquer excludente de ilicitude e culpabilidade", os jurados, "atendendo à sua íntima convicção concluíram que o denunciado, por determinada razão, é merecedor de perdão, não sendo necessária à sociedade a punição de seu comportamento", não haveria como o Tribunal "examinar se tal decisão foi ou não manifestamente contrária à prova dos autos, pois de caráter subjetivo dos jurados".[71]

No âmbito dos Tribunais Superiores, ambas as turmas em matéria criminal do STJ decidiram recentemente que o quesito genérico é obrigatório, não podendo ser julgado prejudicado. Em um destes julgamentos, decidiu-se que não cabe ao magistrado repetir a quesitação, fazendo alusão à suficiência das provas, quando os jurados decidissem pela absolvição após reconhecer autoria, mesmo havendo tese única de negativa desta, podendo os jurados, ante a potencialização do sistema da íntima convicção, absolver por clemência, embora se tenha admitido o cabimento do recurso de apelação pela acusação, com base no art. 593, III, *d*, do CPP.[72] No outro julgado, foi admitida a possibilidade de absolvição, após reconhecimento de materialidade e autoria, quando a tese única era de existência de privilégio, sequer tendo sido suscitada a negativa de autoria.[73]

A questão foi levada ao STF por meio do RO em HC 117076,[74] no qual se pleiteou, além da anulação de acórdão de Tribunal de Justiça que proveu apelação da acusação para anular absolvição pelo Júri, a atualização da interpretação do art. 593, III, *d*, do CPP, no sentido de que apenas os veredictos que negassem materialidade ou autoria do delito, se divorciados por completo da prova, pudessem ser alvos do recurso, jamais o veredicto absolutório em resposta ao quesito genérico. O Min. Celso de Mello,[75] considerando relevante o debate sobre o cabimento do recurso pela acusação, concedeu o pedido liminar para suspender a designação de novo julgamento pelo juízo de primeiro grau. Segundo o relator, caso se conclua,

71. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão em Embargos de Declaração em Apelação Criminal 0227792-86.2010.8.21.7000. Relator: Desembargador Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. 1.ª Câmara Criminal. Porto Alegre, RS, 9 de junho de 2010. *Diário da Justiça*. Porto Alegre, 16 jul. 2010.

72. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Habeas Corpus 200440. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 5.ª Turma. Brasília, DF, 15 de março de 2012. *Diário da Justiça*. Brasília, 2 abr. 2012.

73. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial 1262366. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. 6.ª Turma. Brasília, DF, 27 de agosto de 2013. *Diário da Justiça*. Brasília, 12 set. 2013.

74. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Liminar em Medida Cautelar em Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117076. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de setembro de 2013. *Diário da Justiça eletrônico*. Brasília, 19 set. 2013. n. 184.

75. Idem.

no mérito, pela possibilidade de os jurados gozarem "de ampla e irrestrita autonomia na formulação de juízos absolutórios, não se achando adstritos, em sua razão de decidir, seja às teses suscitadas em plenário pela defesa, seja a quaisquer outros fundamentos de índole estritamente jurídica", neste caso, "revelar-se-ia, aparentemente, inadmissível, por incongruente com a recente reforma introduzida no procedimento penal do júri, o controle judicial das decisões absolutórias proferidas pelo Tribunal do Júri com fundamento no art. 483, III e § 2.°, do CPP", tanto porque seriam desconhecidos os fundamentos aos quais aderiram os jurados, como porque poderiam tais fundamentos "extrapolar os limites da própria razão jurídica".[76]

5. CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS

Foram expostas as bases do garantismo penal que refletem na instituição do chamado garantismo processual, sob a ótica do processo penal como um jogo de regras preestabelecidas, além de um complexo de garantias do imputado em face do poder punitivo estatal. Neste tocante, um processo de base garantista pressuporia um procedimento que respeitasse e potencializasse os direitos e garantias fundamentais do cidadão, visando a minimizar a aflição causada por penas injustas ou desproporcionais, conferindo, por outro lado, maior legitimidade à atuação do Estado por meio do Direito Penal. Desse modo, o magistrado não deve atrelar-se ao texto frio da lei, em seu sentido literal, mas interpretá-la em conformidade com os direitos e garantias fundamentais expostos na Constituição.

Como regra preestabelecida do jogo processual, ter-se-ia a possibilidade de os jurados prolatarem seus veredictos de acordo com a íntima convicção, com suas consciências, isto é, seu sentimento íntimo de justiça, podendo, inclusive, desprezar a prova dos autos. Tal decorre do sigilo e da soberania dos veredictos, princípios expressos no texto constitucional, que excetuam a necessidade de fundamentação da decisão dos jurados, não permitindo a aferição das razões que levam a uma absolvição decorrente de resposta ao quesito genérico previsto no art. 483, III e § 2.°, do CPP.

Assim, não seria dado ao Ministério Público recorrer, com base no art. 593, III, *d*, do CPP, de tais veredictos absolutórios, pois um julgamento fundado na íntima convicção, sem atrelamento a uma tese específica, não é passível de ser manifestamente contrário à prova dos autos. O referido recurso seria, pois, de uso exclusivo da defesa, assim como a revisão criminal e os embargos infringentes e de

76. Idem. Até o envio deste trabalho para publicação, o mérito do RHC ainda não havia sido julgado pelo colegiado do STF.

nulidade, por não poder subsistir, ante o plexo de direitos de liberdade existentes, uma condenação sem provas. É de dizer: a soberania dos veredictos e a íntima convicção dos jurados só haveria de ceder em prol de direitos fundamentais que visam a resguardar o *jus libertatis*, tomando-se como base o garantismo processual, cujos fundamentos já foram expostos. De tal sorte, ao Ministério Público caberia um duplo ônus para que este se liberasse de suas cargas probatórias e aumentasse a chance de obter veredicto condenatório: o de provar a acusação e, igualmente, o de convencer os jurados da necessidade ou justiça da aflição de uma pena ao imputado.

Tal debate já foi objeto de manifestação pretoriana, tendo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhecido expressamente o não cabimento da referida apelação pela acusação, enquanto outros tribunais, a exemplo do mineiro, do Distrito Federal e do STJ, tem admitido a absolvição por clemência, embora sem adentrar especificamente no cabimento ou não do recurso de apelação pelo Ministério Público. A questão, tal como tratada aqui, foi objeto de julgamento liminar no STF, no RO em HC 117076, no qual o STF ainda terá a oportunidade, no julgamento de mérito, de reinterpretar definitivamente o art. 593, III, *d*, do CPP à luz da Constituição Federal, da minirreforma processual penal empreendida em 2008, e com base na filosofia garantista do Direito (Processual) Penal.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACILA, Carlos Roberto. Princípios de avaliação das provas no processo penal e as garantias fundamentais. In: BONATO, Gilson (org.). *Garantias constitucionais e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Habeas Corpus 200440. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 5.ª Turma. Brasília, DF, 15 de março de 2012. *Diário da Justiça*. Brasília, 2 abr. 2012.

_____. _____. Acórdão em Recurso Especial 1262366. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. 6.ª Turma. Brasília, DF, 27 de agosto de 2013. *Diário da Justiça*. Brasília, 12 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão Liminar em Medida Cautelar em Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117076. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de setembro de 2013. *Diário da Justiça eletrônico*. Brasília, 19 set. 2013. n. 184.

CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. Trad. Roberto B. Del Claro. *Revista Gênesis*. vol. 7. n. 23. p. 191-209. Curitiba, jan.-mar. 2002.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão em Apelação 0085323-62.2004.8.07.0001. Relator: Desembargador João Timóteo de Oliveira. 2.ª Turma Criminal. Brasília, DF, 2 de setembro de 2010. *Diário da Justiça*. Brasília, 13 out. 2010.

FELBERG, Rodrigo; FELBERG, Lia. A soberania dos veredictos e a inconstitucionalidade da apelação pelo Ministério Público com fundamento no art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal. *Tribuna Virtual*. ano 1. edição 4. p. 7-13. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, maio 2013. Quinzenal. Disponível em: [www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/04-01-RodrigoFelberge-LiaFelberg.pdf]. Acesso em: 28.10.2014.

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

_____. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010.

FORTI, Iorio Siqueira D'Alessandri. O Tribunal do Júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5.°, XXXVIII, da Constituição da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. ano 3. vol. 3. p. 178-196. Rio de Janeiro, jan.-jun. 2009. semestral.

GALLI, Joel Eliseu. A representatividade garantista do júri popular na raiz constitucional como forma de repulsa ao recurso da dúvida como fundamento da decisão de pronúncia.[201–]. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 25.10. 2014.

JARDIM, Eliete Costa Silva. Tribunal do Júri – Absolvição fundada no quesito genérico: ausência de vinculação à prova dos autos e irrecorribilidade. *R. Emerj*. vol. 18. n. 67. p. 13-31. Rio de Janeiro, jan.-fev. 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)Descobrindo as teorias acerca da natureza jurídica do processo (penal). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 75. p. 43-66. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2008.

MAIER, Julio B. J. La impugnación del acusador: ¿un caso de ne bis in idem?. 2010. Versão parcial e sintética do ponto Posibilidad de impugnar la sentencia de condena, publicado no livro *Derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1996. t. I. Disponível em: [www.edgardeleon.com/2010/11/la-impugnacion-del-acusador-un-caso-de.html]. Acesso em: 07.07.2015.

MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. São Paulo: Saraiva, 1963. vol. 1.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do Júri*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão em Apelação Criminal 0664499-31.2007.8.13.0625. Relator: Desembargador Adilson Lamounier. 5.ª

Câmara Criminal. Belo Horizonte, MG, 26 de janeiro de 2010. *Diário da Justiça*. Belo Horizonte, 10 fev. 2010.

_____. _____. Acórdão em Apelação Criminal 0921825-66.2000.8.13.0024. Relator: Desembargador Eduardo Brum. 4.ª Câmara Criminal. Belo Horizonte, MG, 29 de maio de 2013. *Diário da Justiça*. Belo Horizonte, 5 jun. 2013.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri: crimes e processo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

PEDROSA, Ronaldo Leite. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos: recurso exclusivo da defesa. 2009. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 25.10.2014.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

PROPOSTA DE TESE n. 02 – Área criminal – do VI Encontro Estadual dos Defensores Públicos de São Paulo. Disponível em: [www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/20/Documentos/TESE 02.pdf]. Acesso em: 25.10.2014.

PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. In: PRADO, Geraldo. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 35-45.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e dogmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

REZENDE, Guilherme Madi. Júri: decisão absolutória e recurso da acusação por manifesta contrariedade à prova dos autos – Descabimento. 2010. *Boletim* 207. fev. 2010. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 25.10.2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão em Embargos de Declaração em Apelação Criminal 0227792-86.2010.8.21.7000. Relator: Desembargador Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. 1.ª Câmara Criminal. Porto Alegre, RS, 9 de junho de 2010. *Diário da Justiça*. Porto Alegre, 16 jul. 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. *O que é garantismo jurídico: teoria geral do direito*. Florianópolis: Habitus, 2003.

RÚA, Mónica María Bustamante. La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano. *Opinión Jurídica*. vol. 9. n. 17. p. 71-91. Medellín, jan.-jun. 2010. semestral.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. vol. 4.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. Trad. Glauco Gumerato Ramos. In: DIDIER JR., Fredie et al (org.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 13-34.

_____. El garantismo procesal. 1999. Conferencia pronunciada en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de noviembre de 1999. Disponível em: [www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54]. Acesso em: 25.10.2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As recentes alterações na lei do tribunal do júri e seu impacto no mundo jurídico, de Jamille Gonçalves Veras – *RCP* 17/49-63 (DTR\2013\573);
- Considerações em torno da Lei 11.689 de 09.06.2008, de Vilson Farias – *RT* 878/377-423 (DTR\2008\729);
- Mídia e processo penal: a influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da Constituição de 1988, de Luana Magalhães de Araújo Cunha – *RBCCrim* 94/199-237 (DTR\2012\13);
- O tribunal do júri na ordem processual garantista constitucional, de Hamilton da Cunha Iribure Júnior – *RT* 926/517-528, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 9/375-385 (DTR\2015\11055); e
- Procedimento especial do tribunal do júri: aspectos polêmicos, de Adel El Tasse – *RCP* 13/134-156 (DTR\2010\626).

Tribunal do Júri e o livre convencimento dos jurados

Jury Trials and jurors' free convincement

Danielle Peçanha Alves

Pós-graduanda em Direito Constitucional na Faculdade Damásio. Advogada.
daniellepec@hotmail.com

Josué Mastrodi

Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP. Professor na Faculdade de Direito da PUC-Campinas.
mastrodi@puc-campinas.edu.br

Área do Direito: Processual; Penal

Resumo: O objetivo deste trabalho é abordar o Tribunal do Júri e questionar os diferentes patamares de justiça que os jurados efetivam em suas decisões, dando enfoque para a situação em que os juízes populares, ao decidirem conforme sua íntima convicção, acabam por contrariar a lei, sobretudo ao declararem inocente o réu confesso. Para tanto, o presente trabalho é elaborado na forma exploratória, por meio do método hipotético-dedutivo e mediante revisão bibliográfica. Ao final, procura confirmar a hipótese que o Tribunal do Júri constitui um garantidor, sobretudo, do direito de liberdade, pois busca a justiça além do direito normativo.

Palavras-chave: Tribunal do Júri – Jurados – Justiça – Liberdade – Soberania.

Abstract: The objective with this project is to address the grand jury and inquire the different levels of justice that jurors actualize in their decisions, focusing on the situation in which the popular judges, when deciding according to their inner conviction ultimately thwart the law, especially to declare innocent the confessed defendant. Therefore, this study is designed in an exploratory way, through hypothetical-deductive method, through literature review. At the end, it aims to confirm the hypothesis that the grand jury is a guarantor, especially the right to freedom, because it seeks justice and the right rules.

Keywords: Jury Trial – Juries – Justice – Freedom – Sovereignty.

Sumário: Introdução – 1. O Júri na história e no Direito Comparado: 1.1 Breve histórico do Júri; 1.2 Brasil; 1.3 Inglaterra; 1.4 Estados Unidos; 1.5 França; 1.6 Escabinato – 2. Princípios constitucionais do Tribunal do Júri: 2.1 Aspectos gerais; 2.2 Princípio da plenitude de defesa; 2.3 Princípio do sigilo das votações; 2.4 Princípio da competência mínima; 2.5 Princípio da soberania dos veredictos: 2.5.1 A mitigação da soberania dos veredictos – 3. A questão da soberania do veredicto – O livre convencimento imotivado e a Democracia: 3.1 A questão da soberania do veredicto; 3.2 Júri: opositores e defensores – 4. Análise de histórias reais: 4.1 Apresentação; 4.2 Caso "Augusto Gallo e Margot Proença"; 4.3 Caso "O Linchamento"; 4.4 Um erro técnico: da ignorância à má-fé; 4.5 As duas acepções da justiça – Conclusão – Referências bibliográficas.

Alves, Danielle Peçanha; Mastrodi, Josué. Tribunal do Júri e o livre convencimento dos jurados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri constitui órgão especial de primeiro grau de jurisdição, composto por sete jurados leigos ao Direito, competente para julgar os crimes dolosos contra a vida consumados ou tentados (homicídio, infanticídio, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio e aborto). Neste espeque, o presente trabalho visa a discutir acerca da faculdade de os jurados decidirem conforme sua íntima convicção e, assim, poderem julgar contrariamente ao comando legal. Isto é, no âmbito do Tribunal do Júri, é perfeitamente possível que o corpo de jurados declare que o culpado é inocente, mesmo que todas as provas impusessem a condenação.

A Lei constitui fonte principal de Direito e sua estrutura imperativa e bilateral impõe deveres e atribui direitos subjetivos aos cidadãos como forma de possibilitar o convívio em sociedade. Nesta tônica, as normas de conduta constituem o que vamos denominar de justiça oficial. Destarte, levantamos a seguinte problematização: os jurados, ao decidirem contrariamente à justiça oficial, estão incorrendo em injustiças ou existe outra acepção de justiça além da inferida dos preceitos normativos? E, por que apenas os crimes dolosos contra a vida são submetidos ao Júri?

Com o fito de resolver tais questionamentos, examinaremos o princípio da soberania que permeia a decisão dos juízes populares e, a partir da análise de casos concretos, discorreremos sobre a possibilidade de os jurados realizarem justiça justamente por estarem desvinculados da lei.

Para tanto, este trabalho é desenvolvido de forma exploratória, por meio do método hipotético-dedutivo, mediante revisão bibliográfica. Intentamos, ao final, confirmar a hipótese de que o corpo de jurados pode, em vez de seguir a justiça oficial, buscar o que chamaremos de justiça nativa, e com base nela, decidir ainda que de forma contrária a lei – e ainda assim sua decisão ser considerada válida e eficaz.

Nesse sentido, estruturamos este texto na seguinte ordem: no primeiro item, contaremos a origem histórica do Júri e seu desenvolvimento no direito comparado. No segundo item, exporemos os princípios constitucionais que envolvem a Tribuna do Júri, além de ressaltar suas exceções e implicações nos casos concretos. No terceiro item, abordaremos de maneira específica o princípio da soberania dos veredictos e os resultados, positivos e negativos, de sua aplicação prática. Por fim, no quarto item, traremos a lume casos reais que demonstram a existência de duas acepções de justiça, dirimindo, assim, as controvérsias acima instigadas.

1. O JÚRI NA HISTÓRIA E NO DIREITO COMPARADO

1.1 Breve histórico do Júri

Não há consenso entre os historiadores a respeito da origem do Júri. Lembra Paulo Rangel que há estudiosos que a associam à lei mosaica; a tribunais ditos po-

pulares da Antiguidade; ao tribunal francês instituído em 1137 por Luís, o Gordo; às inovações trazidas por Henrique II, de 1166; à prática do inquérito carolíngio, dentre outras instituições.[1] Todavia, malgrado as discórdias, é notável a quantidade de historiadores que associam o nascimento do Tribunal do Júri à Carta Magna Inglesa de 1215.[2]

Paulo Rangel, contudo, explica que tribunal popular e Tribunal do Júri, ao menos em suas origens, não se confundem. Desta maneira, o Júri que hoje vigora no Brasil recebeu, em matéria judiciária, as influências do grande Júri inglês, inclusive no que tange ao princípio do devido processo legal e ao julgamento consoante a íntima convicção dos jurados. No entanto, ao ser criado na Inglaterra, o aventado tribunal tinha o condão apenas de afastar o julgamento dos nobres pelo rei e não o de convocar a população a participar dos julgamentos, salientando o autor que a Magna Carta resultou de uma avença entre nobreza e monarca, da qual o povo não participou.[3]

Destarte, observa Hélio Tornaghi que o Júri moderno é oriundo da Inglaterra, porém, o instituto dos jurados advém do direito processual romano, corroborando, assim, a sábia divisão destacada por Rangel.[4]

1.2 Brasil

No Brasil, o Júri foi instituído pela Lei de 18.06.1822, antecedendo à independência do Brasil e a sua primeira Constituição, datados de 07.09.1822 e 25.03.1824, respectivamente. Resta evidenciar que a elite brasileira da época, que conduzia administração da colônia brasileira, sofria grande influência do liberalismo político inglês,[5] e por isso: "Em nosso país, a iniciativa da criação do Tribunal do Júri coube ao Senado da Câmara do Rio de Janeiro, dirigindo-se ao Príncipe Regente D. Pedro, para sugerir-lhe a criação de um 'juízo de Jurados'. A sugestão, atendida em 18 de junho, por legislação que criou os 'Juízes de Fato', tinha a competência restrita aos delitos de

1. RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica.* 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 40.
2. Nesse sentido: BULOS, Lammêgo Uadi. *Constituição Federal anotada.* 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 200; ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 142; PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2012. p. 268; TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri: contradições e soluções.* 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 3.
3. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 42-44.
4. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 314-315. Apud TUBENCHLAK, James. Op. cit., p. 3.
5. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 60.

imprensa. A nomeação desses juízes – vinte e quatro homens bons, honrados, inteligentes e patriotas – competia ao Corregedor e aos Ouvidores do crime. Da sentença dos 'Juízes de Fato' cabia somente o recurso de apelação direta ao Príncipe".[6]

A Constituição do Império, outorgada em 1824, contemplou o instituto do Júri, aumentando sua competência para as infrações penais e os fatos civis.[7] A Constituição Política alocou o Júri na parte relativa ao Poder Judiciário, tendo os jurados competência para decidirem sobre o fato e o juiz, para aplicar a lei.[8] Em 1832, entrou em vigor o Código de Processo Criminal do Império, alargando ainda mais a competência criminal do Júri, que passou a ser responsável pelo julgamento da maioria dos crimes.[9] Digno de nota a crítica feita por Rangel acerca do mencionado Código Criminal: "(...) permitindo que pudessem ser jurados apenas os cidadãos que fossem eleitores, sendo de reconhecido bom-senso e probidade (art. 23 do CPCI). Consequentemente, somente seriam jurados os que tivessem uma boa situação econômica, já que estes é que podiam votar. Se a pessoa podia ser jurada, ela podia ser eleitora; se ela era eleitora, ela podia ser jurada. Nasce aí a distância entre os jurados e os réus".

A primeira Constituição da República, promulgada em 1891, concedeu ao Júri o *status* de garantia individual. Os anos vindouros não trouxeram grandes inovações ao instituto. Contudo, nas palavras de Tubenchlak, o Júri sofreu "duro golpe" com o advento do Decreto-Lei 167/1938, que aboliu a soberania dos veredictos ao prever recurso de apelação com capacidade para alterar o mérito da decisão divergente às provas existentes nos autos, sendo lícito aos juízes *ad quem*, ao julgarem a apelação, aplicar outra pena ou absolver o réu.[10]

Com o término da ditadura Vargas, a Constituição Federal de 1946 reestabeleceu a soberania dos veredictos, impossibilitando a reforma do *decisum* exarados pelos jurados em grau de recurso, bem como remodelou a competência do Tribunal, que passou a ser *ratione materiae*, a saber, privativa aos crimes dolosos contra a vida.[11]

Atualmente, o Tribunal do Júri tem previsão no art. 5.º, XXXVIII, da Carta da República de 1988 e permanece com suas disposições inalteradas, inclusive a soberania.[12] É constituído por um juiz de direito ou federal, além de 25 jurados, dos

6. TUBENCHLAK, James. Op. cit., p. 5.
7. Idem, ibidem.
8. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 61.
9. Idem, p. 62.
10. TUBENCHLAK, James. Op. cit., p. 7.
11. Idem, p. 8.
12. Idem, ibidem.

quais, 7 serão sorteados para constituir o Conselho de Sentença.[13] Por derradeiro, elucida Fernando da Costa Tourinho que: "Hoje, em nosso país, à semelhança do que ocorrera na primeira República, há o Tribunal do Júri Estadual e o Federal. Ambos têm a mesma competência: julgam os crimes dolosos contra a vida consumados ou tentados, por força do art. 5.º, XXXVIII, da CF, e os que lhes forem conexos (...). Quando o crime doloso contra a vida for praticado a bordo de navio, aeronave (ressalvada a competência militar) ou mesmo contra pessoas que estejam a serviço da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, o julgamento fica afeto ao Júri Federal, que se distingue do Estadual apenas quanto ao Juiz que o preside: ali, o Juiz Federal; aqui, o Juiz Estadual".[14]

1.3 Inglaterra

Como alhures demonstrado, a matriz do Tribunal do Júri foi elaborada na Inglaterra durante a Idade Média, e seus substratos jurídicos persistem até hoje.[15] Todavia, apesar de a origem do Júri moderno provir da Inglaterra, nos dias de hoje, apenas 1 a 2% dos casos criminais ingleses são levados a Júri Popular, competente, atualmente, apenas para os tipos penais graves, como, por exemplo, homicídio e estupro,[16] cabendo ao juiz, em cada caso, decidir a respeito do julgamento, ou não, pelos jurados.[17]

Havendo Júri para julgar determinado crime, os jurados, em número de 12, devem decidir se o réu é culpado ou inocente. Se o veredicto for pela condenação, esta só será possível se houver, ao menos, 10 dos 12 votos neste sentido, pois, caso contrário, deverá haver novo Júri, com novos jurados. Ainda assim, se o novo julgamento não alcançar esta maioria qualificada de 10 votos tendentes à condenação, o réu será absolvido.[18]

1.4 Estados Unidos

Em razão da colonização pela Inglaterra, o Júri é um dos institutos mais antigos dos Estados Unidos, tendo sido consagrado na Carta Régia outorgada ao primeiro

13. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 4, p. 112.
14. Idem, p. 113.
15. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 41.
16. GUIDE CRIMINAL COURTS. Disponível em: [www.gov.uk/courts/crown-court]. Acesso em: 17.11.2013.
17. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 44.
18. Idem, p. 45.

grupo de colonizadores ingleses que chegaram ao local, de sorte que pode ser tido como a segunda pátria da instituição.[19]

O Júri norte-americano tem como peculiaridade a competência para julgar causas penais e cíveis[20] e, atualmente, tem-se que 80% dos processos efetuados perante o Tribunal do Júri no mundo são realizados nos Estados Unidos.[21] Precisamente, os norte-americanos defendem que a participação direta do cidadão nas decisões judiciais tem o condão de protegê-los de eventuais execuções arbitrárias da lei. Por esta razão, o Júri constitui um dos fundamentos da democracia estadunidense. Neste sentido, leciona Paulo Rangel: "A pedra angular da justiça nos EUA é o processo perante o Tribunal do Júri, pois o cidadão americano tem plena consciência de que sua participação na vida pública não apenas se efetua a partir do direito ao voto, mas, sim, em especial, de sua integração ao corpo de jurados. A cidadania também é exercida no Tribunal do Júri, pois o poder emana do povo e, por intermédio dele, se evitam decisões arbitrárias na aplicação da lei".

O Tribunal do Júri americano tem como base a Constituição, de maneira que vale transcrever os dispositivos constitucionais que estabelecem aventado Tribunal às causas penais e cíveis: "O julgamento de todos os crimes, exceto nos casos de *impeachment*, deverá ser por Júri, e deverá ocorrer no Estado onde os referidos crimes tiverem sido cometidos; mas quando não cometidos em território de nenhum Estado, o julgamento deverá ocorrer no lugar ou lugares em que o Congresso, por uma lei, houver indicado. (artigo III, Secção 2, parte final da Constituição dos Estados Unidos da América). Nos processos de direito consuetudinário, quando o valor da causa exceder vinte dólares,[22] será garantido o direito de julgamento pelo Júri, cuja decisão não poderá ser revista por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito costumeiro (Sétima Emenda à Constituição dos Estados Unidos)".[23]

Ademais, como é cediço, a competência legislativa nos Estados Unidos pertence a cada um dos estados federados, que possuem autonomia para legislar até sobre

19. AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. O Tribunal do Júri como instrumento do Estado Democrático de Direito. Disponível em: [www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/dissertacoes_2010/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Daniel%20Avelar.pdf]. Acesso em: 16.11.2013. p. 22-23.

20. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 45.

21. AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. Op. cit., p. 23.

22. A cláusula de vinte dólares da Sétima Emenda não foi incorporada pelo Supremo Tribunal Federal norte-americano. Disponível em: [http://kids.laws.com/seventh-amendment] Acesso em: 16.11.2013.

23. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: [www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/constituicoes/CUSAT.pdf]. Acesso em: 16.11.2013.

questão penal e processual, sendo a competência do Congresso apenas residual.[24] Por esta razão, cada estado possui um sistema de jurado próprio e, consoante disciplina a Corte Suprema, o número de jurados pode variar, em cada estado, entre 6 a 12 membros. Outrossim, a decisão condenatória, em alguns lugares, imprescinde a unanimidade de votos e, em outros, admite até a maioria de 2/3 de votos.[25]

Importante observar que, se tratando de matéria federal, a saber, causas de valor superior a 75 mil dólares,[26] a jurisprudência da Corte Maior norte-americana tem sido pacífica ao determinar que o corpo de jurados deve conter 12 indivíduos e as decisões precisam ser unânimes em matéria penal.

1.5 França

A Revolução Francesa eclodiu em 1789 e trouxe em seu âmago a propagação dos ideários iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade, visando instaurar a igualdade civil por meio da democracia e combater o absolutismo monárquico.[27] À época, conforme ensinança de José Jobson A. Arruda: "O rei monopolizava a administração, concedia privilégio, esbanjava luxo, controlava tribunais e condenava opositores à prisão na odiada fortaleza da Bastilha".[28]

Nesta seara, o Tribunal do Júri foi instituído na França para combater o autoritarismo da magistratura monárquica e de sua nobreza togada, formada por pessoas que compravam seus cargos e títulos de nobreza.[29] Como paradigma, ensina Rangel: "Dotada de uma estrutura processual inquisitiva, a França necessitava de um mecanismo de controle do abuso estatal durante o procedimento criminal, pois a tortura, como meio de prova, era prática comum. O Júri, então, veio colocar um freio nesse abuso representando os valores e os ideais dos revolucionários da época que fundaram a Revolução em três conceitos básicos: liberdade, igualdade e fraternidade. Liberdade de decisão dos cidadãos; igualdade perante a justiça e fraternidade no exercício democrático do poder".[30]

Dessarte, tendo em vista que o Tribunal do Júri foi introduzido na França à época da Revolução Francesa e considerando que aventada revolução teve alcance uni-

24. AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. Op. cit., p. 24.

25. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 46-47.

26. Seventh Amendment. Disponível em: [http://kids.laws.com/seventh-amendment]. Acesso em: 16.11.2013.

27. ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. *Toda a história: história geral e história do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Ática, 1999. p. 243.

28. Idem, p. 242.

29. Idem, p. 241.

30. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 48.

versal, com a repercussão de seus princípios democráticos em diversas partes do mundo, pode-se concluir que a França também constitui berço do Tribunal do Júri, eis que responsável por sua propagação em diversos países.[31] Nas palavras de Eluf: "Com a revolução Francesa, o Júri espalhou-se pela Europa, transformando-se em símbolo de reação ao absolutismo monárquico".[32] Ao longo dos anos, o Júri francês sofreu diversas transformações e hoje foi convertido na *Cours d'Assies*, composta por jurados e membros da magistratura, formando, assim, o instituto do escabinato,[33] analisado na sequência.

1.6 Escabinato

O Escabinato, Assessoramento ou Corte *d'Assie* é uma instituição muito semelhante ao Tribunal do Júri, porém, detentora de peculiaridades próprias. Constitui um órgão jurisdicional formado por juízes togados e juízes leigos, em que todos compõem o Conselho de Sentença e decidem quanto à sorte do acusado.[34]

Atualmente, a França adota esse modelo, valendo-se de 3 magistrados e 9 jurados, ressaltando que o acusado somente será condenado se houver, no mínimo, 8 votos neste sentido.[35] Igualmente, a Itália também se utiliza do escabinato, formado por meio de 2 juízes togados e 6 cidadãos, dentre os quais, ao menos 3 devem ser do sexo masculino.[36] Por fim, Portugal tem seu Tribunal do Júri composto por 3 magistrados togados, 4 jurados efetivos e 4 suplentes. Curiosa particularidade do Tribunal português é ser facultativo, somente ocorrendo mediante requerimento das partes.[37]

Com o condão de arrematar, Aury Lopes Jr., mediante aplausos de demais doutrinadores, elogia o escabinato em detrimento do Júri, ao asseverar que: "Os conhecimentos e convicções pessoais que os leigos (em Direito) podem aportar são extremamente úteis para o juiz profissional, e o resultado do intercâmbio é francamente favorável para a melhor administração da justiça. Outra vantagem apontada é que no sistema de escabinato os juízes leigos e os profissionais formam um colegiado único, decidindo sobre o fato e o direito, de modo que os conhecimentos de um podem suprir as lacunas do outro. (...) Concluindo, ainda, que o sistema de escabinos também possua inconvenientes, com certeza são muito menores que aqueles

31. TUBENCHLAK, James. Op. cit., p. 3.
32. ELUF, Luiza Nagib. Op. cit., p. 142.
33. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 48.
34. Idem, p. 48.
35. Idem, ibidem.
36. Idem, p. 50.
37. Idem, p. 54-53.

enumerados para o Tribunal do Júri. Como já apontado, não só é fundamental alterar a composição do órgão colegiado, mas também a forma como deve se desenvolver o próprio julgamento, incluindo aqui a necessária fundamentação que deve acompanhar a decisão".[38]

Em suma, a fulcral diferença entre o Tribunal do Júri e o escabinato, é que, no Júri, o Conselho de Sentença, formado unicamente por juízes leigos, decide sobre a existência de autoria e materialidade do crime, bem como sobre a ocorrência de circunstâncias acessórias, cabendo ao Juiz-presidente apenas fixar o *quantum* da pena. Por seu turno, no escabinato, os juízes leigos e togados decidem, conjuntamente, sobre a existência do crime, sua autoria e causas acessórias e, após, ainda em conjunto, dosam e aplicam a pena.[39]

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO TRIBUNAL DO JÚRI

2.1 Aspectos gerais

O Tribunal do Júri consiste na garantia fundamental àquele que praticou um crime doloso contra a vida de ser julgado por pessoas comuns do povo. As garantias fundamentais são disposições assecuratórias, vale dizer, instrumentos previstos para assegurar direitos fundamentais.[40] Desta maneira, o Tribunal do Júri tem a finalidade de garantir, ainda que implicitamente, o "direito de liberdade – direito de não sofrer sanção por fato alheio – direito à incolumidade física e moral – direito de defesa – liberdade política e de opinião – enfim, direito à segurança em geral".[41]

Assim, este instituto foi criado a partir de quatro princípios constitucionalmente previstos, a saber, o princípio da plenitude de defesa, o princípio do sigilo das votações, o princípio da competência mínima e o princípio da soberania dos veredictos.

2.2 Princípio da plenitude de defesa

Inicialmente, convém frisar que o jurado é, na maioria das vezes, uma pessoa leiga ao Direito e, deve-se admitir, a formação do convencimento do leigo, muitas

38. LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 148-149.

39. BULOS, Lammêgo Uadi. Op. cit., p. 200-201.

40. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 412.

41. Idem, p. 416.

vezes, não se constitui com base no fundamento jurídico contemplado nas leis, e sim nos sentimentos comuns e populares que permeiam a sociedade.

Destarte, como será devidamente abordado em item próprio, em que serão analisadas decisões proferidas pelo Júri Popular, percebe-se que o ser humano tende a julgar o próximo conforme suas convicções e paixões, em vez de se preocupar com o fechado e gélido mundo impositivo das normas jurídicas, atitude esta que reflete diretamente na sentença dos jurados e determina a sorte do réu.

Neste diapasão, depreende-se que constitui característica inerente à vasta maioria das decisões do plenário popular serem atécnicas e avessas à legislação. Contudo, ao contrário do que se possa imaginar em um primeiro momento, dita característica não constitui uma mazela não premeditada pelos idealizadores do instituto; muito pelo contrário, vê-se que é medida planejada, que reflete no primeiro princípio constitucional balizador do Tribunal do Júri, vale dizer, o princípio da plenitude de defesa, previsto no art. 5.°, XXXVIII, *a*, da Lei Maior.

Aventado princípio tem por característica primordial conferir ao indivíduo levado a Júri uma maior envergadura em sua defesa, quando comparado com a mera ampla defesa ordinária contemplada no art. 5.°, LV, da CF. Isto porque, no Júri, o defensor do acusado, além de construir sua tese defensiva com os usuais argumentos técnicos, pode valer mão de argumentos extrajurídicos. Assim, embasamentos amorosos, sentimentais, filosóficos, econômicos, dentre outros, são levantados pela defesa e analisados, licitamente, pelo grupo de jurados. Na dicção de Uadi Lammêgo Bulos: "Desse modo, o princípio constitucional processual penal da plenitude de defesa – irmanado com o vetor genérico da ampla defesa – é sobremodo vasto, repercutindo, sensivelmente, na situação jurídica vivida pelo acusado".[42]

Desta forma, fitando salvaguardar o réu, a Defesa pode alegar toda e qualquer matéria, mesmo que não tenha base legal, de modo que se conclui que é, de fato, plena.

2.3 Princípio do sigilo das votações

De maneira prudente, a Carta da República, no art. 5.°, XXXVIII, *b*, prevê o sigilo das votações, assegurando que os jurados julguem o indivíduo de maneira sigilosa, evitando assim ingerências externas, como ameaças e intimidações.

Nos litígios judiciais, cada parte litigante só se sente justiçada quando vê atendidos os seus interesses. Ora, se optarem pela condenação, os jurados ficam vulneráveis a sofrer ameaças e perseguições do réu ou de seus partidários, contudo, se decidirem pela absolvição, a perturbação pode vir por parte dos alheios à vítima.

42. BULOS, Lammêgo Uadi. Op. cit., p. 202.

Portanto, de muita sabedoria faz-se essa prudência constitucional que protege e garante a livre manifestação do pensamento ao votar.[43]

Importa lembrar que o princípio em análise deve ser tido como adstrito às decisões dos jurados, quando houver colisão com o princípio da publicidade, insculpido no art. 93, IX, da CF, segundo o qual "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes".[44]

Ademais, mencionado sigilo se dá por duas facetas. A primeira consiste no *modus operandi*, em que os juízes populares votam em uma sala secreta e os votos são impessoais, de modo que não há como saber se determinado jurado foi partidário da tese acusatória ou defensiva.[45]

Entrementes, existia uma situação em que o sigilo era indiretamente quebrado, a saber, quando a votação era unânime. Se os 7 jurados do Conselho de Sentença votassem pela condenação, por exemplo, o juiz togado, ao ler a sentença, a todos explanava este placar. Por esta razão, adveio a reforma legislativa, que inaugurou a segunda faceta do sigilo das votações por meio da vedação da unanimidade de votos.[46] Com o advento da Lei 11.689/2008, havendo quatro votos em determinado sentido, os demais serão descartados, de modo que o sigilo permanece devidamente protegido.

2.4 Princípio da competência mínima

Consoante o art. 5.°, XXXVIII, *d*, da CF, o Tribunal do Júri possui competência para julgar os crimes dolosos contra a vida consumados ou tentados. Assim, preceitua o art. 74, § 1.°, do Diploma Processual Penal que cabe ao Júri o julgamento de homicídio (art. 121, *caput* e §§ 1.° e 2.°, do CP); induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122, *caput* e parágrafo único, do CP); infanticídio (art. 123 do CP) e aborto criminoso (arts. 124, 125, 126 e 127 do CP).

Nesta tônica, mister ressaltar que o art. 5.°, XXXVIII, *d*, da Lei Maior disciplina apenas a competência mínima do Tribunal do Júri. Isto porque a Constituição determina e garante a atribuição do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida sem, contudo, colocar óbices à ampliação do rol de competência por meio de leis infra-

43. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 81.

44. BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

45. BULOS, Lammêgo Uadi. Op. cit., p. 202.

46. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 81.

constitucionais. O que não se permite é a subtração do julgamento de um crime doloso contra a vida do Tribunal Popular. Neste sentido, merece destaque a lição de Uadi Lammêgo Bulos: "Óbvio que os crimes dolosos contra a vida são da alçada mínima do Júri, mas a competência para o julgamento desses delitos não se resume a esse enunciado constitucional, porque a previsão aí é exemplificativa, jamais taxativa. Assim, outras infrações, com características diferentes dos crimes dolosos contra a vida, devem ser submetidas à instituição, nos termos da lei ordinária. A propósito, nada impede de serem criados tribunais populares à semelhança do tribunal de economia popular, instituído em 1951, para o julgamento de outros delitos".[47]

Desta maneira, além de ditos crimes contra a vida, o Júri deverá julgar as infrações que lhe são conexas, incluindo, até mesmo, as infrações de menor potencial ofensivo.

Importa consignar que o simples fato de existir o resultado *morte* não significa que o delito tenha *status* de crime doloso contra a vida. A título de exemplo, ressaltam-se o latrocínio e o genocídio. No que tange ao latrocínio, como lembra Mirabete, seu objeto material é a coisa alheia móvel e a morte resulta da violência empregada pelo agente para efetivar a subtração ou a detenção da *res furtiva*, ou para garantir a impunidade do crime,[48] de sorte que, malgrado haver a morte de vítimas, constitui crime contra o patrimônio. Por seu turno, o genocídio configura crime contra a humanidade, pois "não tem como vítima o ser humano individualmente considerado, senão alguém pertencente a um grupo de pessoas, unidas por razões nacionais, étnicas, raciais ou religiosas".[49] Assim, nenhum destes delitos é de competência do Júri.[50] Tubenchlak completa o ensinamento lembrando que "(...) nem sempre 'matar alguém' caracteriza um delito de homicídio. A par de uma considerável gama de infrações qualificadas pelo resultado morte, infrações estas preterdolosas, três delitos tipificados no Código Penal, cujo objeto jurídico é o patrimônio, comportam a qualificadora morte, por conduta dolosa do agente. São eles o roubo (art. 157, § 3.º, *fine*), extorsão (art. 158, § 2.º), e extorsão mediante sequestro (art. 159, § 3.º). A competência, nesses casos, é do Juiz singular, tendo em vista, aqui, a prevalência *ex vi legis* do aspecto patrimonial sobre a vida humana".[51]

Por fim, lembra André Puccinelli Júnior que a Constituição Federal prevê hipóteses de foro privilegiado por prerrogativa de função em que a competência do Júri

47. BULOS, Lammêgo Uadi. Op. cit., p. 204.

48. MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP.* 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. vol. 2, p. 212.

49. TUBENCHLAK, James. Op. cit., 34.

50. BULOS, Lammêgo Uadi. Op. cit., p. 33-34.

51. TUBENCHLAK, James. Op. cit., p. 24.

é deslocada para outros órgãos jurisdicionais (arts. 29, X; 96, III; 108, I, 105, I, *a*; 102, I, *b*). Ressalta o autor que mencionado deslocamento da competência somente é possível porque a exceção é disciplinada pela própria Constituição Federal, que possui legitimidade para excepcionar suas normas.[52]

2.5 Princípio da soberania dos veredictos

Como último princípio de que o Tribunal do Júri é corolário, destaca-se o princípio da soberania dos veredictos (art. 5.º, XXXVIII, *c*, da CF), segundo o qual, em regra, o mérito da decisão dos jurados deve ser preservado, de maneira que não poderá ser alterado na esfera recursal.[53]

Ora, seria um verdadeiro contrassenso se a Constituição Federal, após delegar aos juízes do povo a função de integrar a administração da Justiça, usurpasse-lhes o poder de decidir de maneira definitiva o deslinde da demanda, alterando o teor de seus veredictos pela via recursal. Destarte, por intermédio de mandamento constitucional, a vontade do povo há de preponderar no que tange aos crimes dolosos contra a vida.

2.5.1 A mitigação da soberania dos veredictos

Como já esposado, o mérito da decisão dos jurados está blindado, pois é soberano, de maneira que prepondere o desejo popular. Entretanto, quando os jurados julgam de forma manifestamente contrária à prova dos autos, é cabível recurso de apelação, em que o Tribunal poderá cassar o julgamento e remeter o réu a novo Júri, com outros jurados (art. 593, III, *d*, do Diploma Processual Penal). Todavia, a alteração do conteúdo da deliberação dos jurados só pode ser invocada por este fundamento uma única vez.

Há ainda a revisão criminal, prevista no art. 621 do CPP, como hipótese mitigadora da soberania dos veredictos dos jurados, eis que possibilita ao Tribunal absolver o réu injustamente condenado por sentença transitada em julgado.

À guisa de exemplo, interessante trazer a lume o caso dos Irmãos Naves, ocorrido em Minas Gerais na Época do Estado Novo, em 1937, em que os irmãos foram condenados e encarcerados pelo homicídio de seu primo Benedito que, após 15 anos, reapareceu vivo.[54]

---

52. PUCCINELLI JÚNIOR, André. Op. cit., p. 269.

53. BULOS, Lammêgo Uadi. Op. cit., p. 202-204.

54. SILVA, Camila Garcia da. O caso dos irmãos Naves: "tudo o que disse foi de medo e pancada...". *IBCCrim – Revista Liberdades*. n. 4. maio-ago. 2010. Disponível em: [www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/5/_historia.pdf]. Acesso em: 15.11.2013.

Em casos como este de injusta condenação, malgrado ser uma aparente afronta ao princípio em análise, o Tribunal *ad quem* pode absolver de plano o réu, porquanto a soberania dos veredictos não deve preponderar quando confrontada com o princípio do *status* de inocência do indivíduo.

3. A QUESTÃO DA SOBERANIA DO VEREDICTO – O LIVRE CONVENCIMENTO IMOTIVADO E A DEMOCRACIA

3.1 A questão da soberania do veredicto

Como já explanado, a soberania dos veredictos constitui característica atribuída ao Tribunal Popular e, consoante uma acepção técnico-jurídica, traduz a impossibilidade de a magistratura togada alterar as decisões proferidas no Júri.

O vocábulo "soberania" provém do latim vulgar *superanu*, que significa autoridade suprema,[55] de forma que, apesar dos diversos contextos em que é empregado, sempre se encontra intimamente ligado às noções de supremacia, predomínio, autoridade, poder, independência e governo de si mesmo.[56]

Como já comentado no item anterior (item 2.5), a Constituição Federal determinou que os crimes dolosos contra a vida fossem julgados no Tribunal do Júri. Consectário lógico, a vontade do povo deve ser respeitada, pois de nada adiantaria valer-se da sessão plenária para decidir a sorte do réu, se o mérito do voto dos jurados pudesse ser alterado pelo Tribunal de Justiça em eventual recurso.

3.2 Júri: opositores e defensores

James Tubenchlak lembra que, através dos séculos até os dias de hoje, opositores e defensores do Júri vêm se digladiando com respeitáveis argumentos em ambos os lados. Com presteza, comenta o autor que: "Centenas de páginas seriam demandadas para elencar a infinidade de argumentos contrários e favoráveis ao Tribunal do Júri. Destacamos, por curiosidade, dois deles: o primeiro, de Raffaele Garofalo (apud Roberto Lyra, 1950, p. 10), atribuindo à ignorância dos jurados a parte principal das injustiças cometidas – 'às vezes, é evidente, pelas respostas contraditórias, que tinham a intenção de condenar, não obstante involuntariamente absolvam, por não terem compreendido um quesito' – e pleiteando a abolição do Júri em nome da

55. CARO, Herbert; BOTTARI, Maximiliano; GOMES, Francisco Casado. *Dicionário de português – latino*. 1. ed. Rio de Janeiro, Porto Alegre, São Paulo: Globo, 1961. p. 483.

56. NÁUFEL, José. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*. 2. ed. rev., atual e amp. Rio de Janeiro: José Konfino Ed., 1959. vol. 3, p. 320.

defesa social; o segundo, de Magarinos Torres (1935, p. 15, n. 1): 'O STF corrige, todo dia, decisões de todos os tribunais togados do País... E não dá conta da incumbência!'".[57]

Convém ressaltar que, ao lado da soberania dos veredictos, pairam críticas em relação a possíveis arbitrariedades que esta onipotência concedida aos jurados pode trazer. Isto porque, as decisões dos jurados não demandam fundamentação, devendo os juízes populares apenas declararem se condenam ou absolvem o réu, sem explicar as razões. Nestes termos, a legitimidade do Júri e o poder advindo de sua soberania são amplamente questionados por seus detratores que reconhecem que, malgrado haver os controles judiciários já elucidados no item anterior, estes são limitados às situações específicas de impugnação aos veredictos previstas no Diploma Processual Penal. Outrossim, o despreparo técnico dos jurados também faz do Júri fonte de inesgotáveis críticas de seus maledicentes. Neste sentido, revela notar a pertinente observação de Luiza Nagib Eluf: "(...) Há decisões estapafúrdias que só ocorrem em julgamentos de crimes da competência do Júri. A atuação dos profissionais da acusação e da defesa conta muito no convencimento dos jurados, que, às vezes, decidem levados pela eloquência de um ou de outro. Não raro, sentenças que contrariam as provas dos autos são anuladas pelos Tribunais de Justiça dos Estados e novos Júris têm de ser realizados para julgar a mesma pessoa, pelo mesmo crime".[58]

No entanto, apesar de o Instituto do Júri ser apontado por seus maldizentes como gerador de arbitrariedades, seus defensores, por outra banda, têm-no como a instituição reveladora da democracia por excelência.[59]

Os protetores do instituto aduzem que o Júri possibilita o julgamento do acusado por seus pares, de forma que a decisão advinda do corpo de jurados sempre será justa, pois traduz a vontade do povo, independente de qualquer conhecimento da lei positiva.[60]

Todavia, na prática, qualificar o Júri como instituição democrática por oportunizar o julgamento de iguais por iguais se dissipa logo quando da escolha dos juízes populares. Consoante o magistério de Paulo Rangel, os jurados acabam por desempenhar o papel de expurgar do universo social os indesejáveis, e estes excluídos, por serem detentores desta condição, não podem fazer parte do Conselho de Sentença. Chama o autor atenção para o falacioso discurso de que o povo julga seus

57. TUBENCHLAK, James. Op. cit., p. 3.

58. ELUF, Luiza Nagib. Op. cit., p. XVI.

59. TUBENCHLAK, James. Op. cit., p.165.

60. Idem, ibidem.

pares, haja vista que aquele que julga faz parte da "sociedade organizada e incluída no sistema de um mundo globalizado e excludente".[61] Com efeito, o Código de Processo Penal dispõe acerca da escolha dos jurados, *in verbis:*

"Art. 436. O serviço do Júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade.

§ 1.º Nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do Júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução."

"Art. 425. Anualmente, serão alistados pelo presidente do Tribunal do Júri de 800 (oitocentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) jurados nas comarcas de mais de 1.000.000 (um milhão) de habitantes, de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes e de 80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) nas comarcas de menor população.

§ 1.º Nas comarcas onde for necessário, poderá ser aumentado o número de jurados e, ainda, organizada lista de suplentes, depositadas as cédulas em urna especial, com as cautelas mencionadas na parte final do § 3.º do art. 426 deste Código.

§ 2.º O juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado".[62]

Paulo Rangel, em total consonância com James Tubenchlak, observa que a experiência no Júri ensina, na esmagadora maioria dos casos, que o magistrado faz a requisição dos jurados às repartições públicas, às associações e aos sindicatos de classe.[63] Destarte, Tubenchlak enfatiza que a lista de jurados, composta quase que exclusivamente por funcionários públicos, passa a impressão da "inexistência de outros cidadãos de 'notória idoneidade' no local, exigência única contida no art. 436".[64]

Merece destaque a observação feita por Rangel de que, ao lado da vasta quantidade de funcionários públicos ocupando o banco dos jurados, encontram-se estudantes de Direito, vez que alguns juízes costumam oficiar às universidades públicas e privadas, além de requisitar a repartições públicas como procuradorias do Estado,

61. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 89.

62. BRASIL. Código de Processo Penal. *Vade Mecum OAB e concursos*. Obra seletiva de autoria da Ed. Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Cespedes e Juliana Nicoletti. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

63. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 91.

64. TUBENCHLAK, James. Op. cit., 93.

que enviam seus funcionários bacharéis em direito. Desta forma, conclui o autor, o julgamento passa a não ser mais elaborado por leigos e sim por técnicos na matéria, o que vai de encontro à proposta do instituto.[65]

Ora, os mencionados autores demonstram que, após pertinentes observações da prática forense, os magistrados encarregados das varas do Júri costumam chamar ao corpo de jurados as pessoas que já entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta,[66] assumindo serem estes os cidadãos de reputação ilibada e conduta moral escorreita necessárias para exercer a função de juiz popular. Desta forma, podemos concluir que não há uma relação natural entre os jurados alistados e as camadas de maior opulência, esta relação é social.

De mais a mais, a estratificação social não impera apenas na escolha dos jurados, a divisão da sociedade entre pobres, ricos e medianos influi no resultado do Júri. Lenio Streck explica: "Isto porque há – necessariamente – uma estreita relação entre os resultados dos julgamentos e a composição do corpo de jurados de cada cidade/comunidade. Pode não ser o fator determinante por si só, mas é elucidativo o fato de que o elevado grau de participação das camadas médio-superiores no Júri tem como consequência um elevado número de condenações".[67]

Por conseguinte, conclui Rangel que o Júri produz as condenações e encarceramentos de acordo com a composição da classe social de seu Conselho, uma vez que os jurados decidem em consonância com o que é bom para a camada social a qual fazem parte.[68]

Augusto Thompson, dissertando sobre a discriminação da justiça penal, obtempera a repressão social que recai sobre o indivíduo apenas por não constituir parte integrante do grupo privilegiado. Acrescenta o autor que: "Por considerar o crime como algo típico do pessoal da arraia miúda, os componentes das camadas bem aquinhoadas não conseguem visualizar seus pares – façam lá o que fizerem – como delinquentes. Para enfrentar a prática de atos perturbadores por parte de elementos do próprio meio – inobstante estejam previstos no código como delitos – mantêm todo um mecanismo de defesa que se realiza e se esgota dentro de suas estritas fronteiras, de sorte a poder dispensar o apelo à intervenção da autoridade com vistas a sanar os perigos e prejuízos oriundos daqueles atos. Mais importante que se

65. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 91.

66. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 230.

67. STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos & rituais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 130.

68. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 90.

livrar de indivíduos disruptivos, assegurar a ordem ou punir os culpados, está a necessidade de resguardar o fetichismo da superioridade de classe".[69]

Em tempo, Thompson leciona acerca do estereótipo do delinquente e, após considerações mais bem aprofundadas em sua obra, salienta que o pobre é considerado como, caracteristicamente, criminoso e, por determinação legal, criminoso não ocupa o banco dos jurados, ante a ausência da determinante "notória idoneidade". Arremata o autor aduzindo: "Porque, afinal de contas, não são os comportamentos (delitos) que contam, uma vez que o importante, de fato, para o agir efetivo da justiça criminal, reside na posição social do autor. Como sugere Austin Turk, o *status* de delinquente é atribuído às pessoas não pelo que fizeram, mas pelo que são".[70]

Depreende-se que, por mais que o ideal para se alcançarem justas decisões no âmbito do Júri seja que a sociedade esteja representada em todas as suas camadas no corpo de jurados, a prática do dia a dia denuncia que a qualidade de "notória idoneidade" contraria a possibilidade real de o Júri ser formado por representantes das classes mais baixas.

Há de se lembrar, contudo, que tais vícios não têm o condão de eivar de nulidade a legitimidade do instituo do Júri Popular indiscriminadamente. Ditas disformidades do sistema não se isentam de acometer a magistratura togada e, como explica Thompson em seu livro,[71] nem mesmo o legislador representa uma idealização ética capaz de decretar leis neutras e imparciais. O ponto fulcral está na doença social que, eventualmente, acomete o instituto.

Aventada patologia social, também chamada de "direito penal do autor", em que se pune o sujeito mais pelo que ele é e de onde ele vem, e menos pelo que ele fez,[72] é oriunda da discriminação existente em relação aos estratos sociais mais baixos, discriminações estas advindas de fraquezas atribuídas a todos os membros das classes superiores e não adstrita ao corpo de jurados.[73] Em corroboração, conclui Thompson, com inegável ousadia, que: "A teoria lombrosiana outro mérito não teve senão o de dar cunho científico a esse sentimento do senso comum".[74]

---

69. THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos: o crime e o criminoso, entes políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 63.
70. Idem, p. 54-55.
71. Idem, p. 46-48.
72. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 35-36.
73. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 85.
74. THOMPSON, Augusto. Op. cit., p. 64.

No entanto, pode-se concluir que as maiores mazelas associadas ao Tribunal do Júri não se desagregam dos juízes criminais togados. Assim, por suas peculiaridades, o instituto do Júri, em que pesem as vicissitudes, ainda é capaz de promover julgamentos completamente arrazoados e sentados, desde que o julgador, seja togado, seja leigo, se desprenda da falsa sensação humana de que é superior ao semelhante simplesmente porque o julga. "É fator psicológico que um indivíduo, ao julgar o outro, observa-o de cima para baixo em um polo social como que mais elevado (...)".[75]

Pode se concluir que os problemas que cercam o Júri não estão no instituto em si, e sim na falta de conscientização daqueles que o compõe. O jurado não pode perder de vista o viés ético que envolve sua tarefa. Para que todas as mazelas sejam superadas, a estratificação da sociedade e a aventada doença social não podem ser levadas em conta por aquele que presta serviço ao Estado, devendo desvincular-se de qualquer "fator psicológico" que o faça perder o compromisso com a justiça.

Neste sentido, leciona Rangel que "não há legitimidade no ato de julgar sem que se respeite a vida, esta compreendida em todos os seus reflexos".[76]

4. ANÁLISE DE HISTÓRIAS REAIS

4.1 Apresentação

A Constituição Federal de 1988, repetindo os moldes trazidos pelas Constituições pátrias anteriores, estabeleceu o instituto do Tribunal do Júri, bem como concedeu aos jurados a soberania dos seus veredictos. Salienta-se que aventada garantia de soberania é protegida pelo manto rígido da cláusula pétrea, haja vista sua previsão constar no rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5.º da Carta Magna.

No Brasil, o crime doloso contra a vida é a única espécie de ilícito penal que tem previsão para ser processado e julgado perante os juízes populares. Destarte, *a priori*, poder-se-ia parecer "injusto" delegar a pessoas leigas esta árdua tarefa de decidir acerca da existência de autoria e materialidade do crime que, é cediço, mais choca a sociedade.

Todavia, por um estudo mais aprofundado deste controverso instituto do Júri, depreende-se que, se não fosse pela ótica desvinculada dos jurados às regras do Direito, a Justiça, no sentido mais social e menos técnico da palavra, deixaria de ser observada.

75. RANGEL, Paulo. Op. cit., 89.

76. Idem, p. 262.

Destarte, como ficará elucidado na sequência, pode-se dizer que a justiça subdivide-se em duas vertentes, quais sejam, a justiça de cumprir a lei positiva e a justiça nativa, que reflete os anseios e desejos que nascem no âmago da sociedade.

Salientamos que não serão abordados casos de excludentes de ilicitude ou homicídio culposo merecedor de perdão judicial. Pelo contrário, tentaremos, pelo presente estudo, mostrar como um homem doente de ciúmes pode matar sua esposa a facadas e, mesmo assim, ser absolvido, pois esta era a vontade e a justiça pela qual a sociedade, representada pelo corpo de jurados, pugnava.

4.2 Caso "Augusto Gallo e Margot Proença"

Era dia 3 de novembro de 1970, às 18 horas, quando a empregada do casal Carlos Eduardo Gallo e Margot Proença, conforme o costume, avisou que poderiam jantar, pois já estava na hora. Às terças-feiras, precisavam estar atentos porque Gallo tinha compromisso. Jantava e saía sem demora para atender ao horário da sua aula. Assim, soou muito estranho para ele o fato de Margot anunciar que teria de sair, estaria fora por pouco tempo. Voltaria em 5 minutos. Intrigado, resolveu segui-la. Ela se dirigiu para o correio. Ia postar uma carta. Cuidadosamente, ele se aproximou do guichê. Postou-se atrás dela e, sem que ela se desse conta do que estava acontecendo, arrebatou-lhe da mão a carta que entregava à funcionária. Margot, surpresa, reage e tenta resgatá-la. Rasga-se a carta ao meio. Num gesto rápido, Gallo coloca no bolso da calça o que conseguira capturar. A mulher, desesperada, tenta resgatar a outra metade da carta. Tentativa frustrada. Que há de ter pensado a funcionária estarrecida, ante tão insólita cena? Mas o pior ainda está por vir. Com que ansiedade, ao chegar a casa toma ele nas mãos trêmulas a carta rasgada. Um abismo se abre naqueles segundos que correm entre o gesto das mãos e a leitura da carta esfacelada. Que desespero sentiu ao ler as frases que mal começavam a denunciar e logo se calavam. Que desespero no querer adivinhar o que lá, na outra metade da carta, estava a se revelar. Precisava saber toda a verdade, pois que parte dela terrivelmente já se expressava. Ali se encontrava uma declaração de amor. A carta era enviada ao professor Ives Gentilhomme, um francês que estivera em Campinas a ministrar aulas em curso de que Margot participara.[77]

Era uma terça-feira. Uma entre tantas outras já vividas. O homem se prepara para jantar com sua esposa num ato rotineiro, mas tudo se transtorna e começa ali a viver o inferno da sua vida. Descobre que era traído por sua esposa. Sente-se ultrajado, humilhado, derrotado.

77. ELUF, Luiza Nagib. Op. cit., p. 61-62.

Não tardou muito e Margot voltou para a casa. Enlouquecido, com uma arma de fogo na mão, ameaçou-a. Tresloucado, espancou-a e empurrou-a para dentro do carro. Apontou a arma para a cabeça da mulher. Iria vingar-se, acabaria com ela, lavaria sua honra. Mas não disparou tiro algum. Faltou-lhe coragem para matá-la e coragem também lhe faltava para continuar vivendo depois que descobriu a traição. Entregou-lhe o revólver pedindo que o matasse. A mulher não se importou com ele, ela queria escapar, tenta sair do carro. Mas não conseguiu. Gallo, ainda mais desesperado, tentou jogar o carro contra algum obstáculo. Ele mesmo, posteriormente, declararia sua intenção de solucionar o caso buscando a morte de ambos. Se juntos já não poderiam estar na vida, que juntos continuassem na morte. Uma vez mais se acovardou. O que ele, verdadeiramente, queria não era a morte, era a vida. Já poderia tê-la matado, mas não o fez. Já poderia ter-se matado, mas não o fez. Isto porque ele queria a vida. Lembremos suas próprias declarações: "Lançou ridiculamente um carro contra um poste, nada acontecendo". Repetiu a cena, nada aconteceu. Era pouca a velocidade do carro. A mulher, afinal, consegue escapar. Profundamente humilhado, ridicularizado na hora da dor, reconheceu o quanto fora risível. Deprimido, Gallo voltou para a casa. Enquanto o Procurador do Estado, o respeitado professor, é ansiosamente aguardado por seus alunos para mais uma lição de vida, o pobre homem humilhado, ultrajado, deprimido, derrotado, desespera-se na mais cruenta descoberta de que era um marido traído.[78]

Margot não tardou a chegar acompanhada do Delegado de Polícia Luiz Hernandes, que procurou controlar a situação. Passado aquele momento tão difícil, a decisão de Gallo foi afastar-se de casa, viajar para algum lugar. Margot esclareceu que não havia nada entre ela e o professor de francês, definindo o ocorrido como um devaneio literário, argumentando que seria impossível manter um relacionamento com alguém que morava tão longe.[79]

Acompanhando o desenrolar dos fatos, vamos encontrar Gallo bastante tenso e sob efeito constante de tranquilizantes. A que ponto chegara, há de ter ele pensado. Sentia arrependimento por ter agredido a companheira. Jamais levantara a mão contra ela. Como há de ter sido grande a luta que travava no seu íntimo. Ela se expressava nos seus atos. Prometeu à companheira um carro novo e tentou fazer as pazes. Ele demonstrou o desejo de apaziguamento na relação conjugal. A luta interior provavelmente não lhe dava trégua. Revela insegurança, mágoa, medo, revolta. Isso se evidencia nas condições que impunha para reconciliação: queria que ela confessasse a ele os seus "pecados" a fim de que tivessem as condições para recomeçar uma vida "limpa". O quanto se pode depreender da expressão: "vida limpa".

78. Idem, p. 62-63.

79. Idem, p. 63.

Buscava, assim, os meios para poderem continuar uma vida a dois. Uma vida passada a limpo.

A esperança de reorganizar o lar logo foi liquidada por informações dadas pela empregada Zenilda. Ela intrigou Gallo ao contar que o professor francês frequentava a residência do casal quando ele viajava. "(...) Gallo, então, iniciou uma investigação particular para encontrar as provas de infidelidade de Margot, inquirindo várias pessoas que tinham, de alguma forma, convivido com a família. Depois, levou as suas testemunhas para contar o que sabiam ao juiz de família da Comarca, já preparando um desquite por culpa da mulher. Entre os que foram ouvidos, estava a filha do casal, Maitê, então com 12 anos de idade, que prestou declarações ao Juiz José Augusto Marin, informando ter visto o mencionado professor na cama de sua mãe, vestido de pijama. Gallo tinha medo de perder a guarda dos filhos e queria garantir que as crianças ficassem com ele após a separação. (...). Também foi prestar declarações o filho de criação do casal, que, na época, tinha 23 anos, Jorge das Dores Silva, o Zuza. Certa vez, ele surpreendera Margot em casa em companhia de um oficial do Exército. O outro filho do casal, Renê Augusto, tinha 7 e não foi ouvido pelo juiz por ser muito criança. Zenilda também contou o que vira ao magistrado".[80]

Gallo já tinha ouvido tantas informações, tantos fatos revelados nos depoimentos prestados. Mas não estava satisfeito. Precisava saber mais, ter mais certeza. Procurou uma empregada que trabalhou para o casal num tempo em que eles viviam bem. Perguntou a ela, se naquela época ela teria notado alguma conduta estranha por parte de Margot. Ela relatou que havia percebido um relacionamento da sua esposa com um ex-aluno que se chamava Milton, pois eles se trancavam no escritório quando o marido se ausentava de casa.[81]

Depois desse depoimento da empregada, falando de um tempo em que ele vivia tranquilo, pensando que era feliz, não dava mais para esperar. Chegara ao fundo do poço. Era humilhação demais. Marcou de se encontrar com a mulher no dia 7 de novembro para discutirem o desquite que, segundo ele, seria amigável. Mas exigiu que a sogra não estivesse presente, pois poderia intrometer-se. Chegando a casa no dia marcado, encontrou a mulher na porta. Ela vestia blusa branca de algodão e saia xadrez nas cores verde e vermelho. Tanta alegria nessas cores a envolvê-la contrastando com o negror trevoso que envolvia sua alma. Ela tinha 37 anos, mas parecia uma colegial. Ele envelhecera brutalmente. Entraram juntos. Gallo, ao relembrar o fato, diz que falava com dificuldade porque estava deprimido, moralmente arrasado e sob efeito de medicamentos. Ao começar sua proposta, declarou que ele ficaria

80. Idem, p. 63-64.

81. Idem, p. 64.

com os filhos, pois ela não apresentava condições morais para tanto. E acrescentou que, depois da separação, ela teria que sair da cidade porque sujara seu nome, transformando-o em "corno", manchando a casa dos filhos ao dormir ali com outro homem. Cheia de rancor, por ouvir as imposições do marido, disse Margot que não concordava com nada do que ele queria. Asseverou que ele era um "burguesinho" preso a nojentas convenções sociais e, em seguida, admitiu que ela, realmente, havia tido outros homens.[82]

Ah! O poder das palavras! Ele não passava de um burguesinho, expressão que definia o que ele representava para ela. No clímax da humilhação nesse tempo de guerra emocional, ele viu uma faca sobre o armário e a pegou, desferindo o primeiro golpe na mulher. O "burguesinho" se vingava. Facada após facada, Gallo via perder a vida aquela que um dia personificou seu paraíso e, naquele momento, representava o seu inferno. Após desferir 10 facadas, Gallo causou a morte de sua esposa.[83]

No dia 17 daquele mesmo mês, Gallo apresentou-se à Polícia de Campinas e, ao ser interrogado, disse que estava "arrependido, mas sem consciência de culpa". Iniciou-se o processo criminal.[84]

Ao contrário da Constituição Federal atual, a Carta de 1969, vigente à época dos fatos, não previa a competência originária do Tribunal de Justiça para julgar procuradores de justiça, razão pela qual Gallo foi enviado a Júri Popular.

Apesar de todo o esforço do Ministério Público para condenar Gallo, os jurados, decidindo com a emoção acima da técnica jurídica, compreenderam a atitude do marido traído e o absolveram por unanimidade. Como Gallo era réu confesso e o extenso processo de 11 volumes apontava a autoria e materialidade do crime, após recurso do *Parquet*, o julgamento foi anulado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, pois a decisão era manifestamente contrária à prova dos autos,[85] conforme explicado anteriormente.[86]

Em obediência ao Diploma Processual Penal, Gallo foi submetido a novo Júri e absolvido por 4 votos a 3. Com efeito, dispõe o Código de Processo Penal que

"Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

(...)

82. Idem, p. 64-65.

83. Idem, p. 65.

84. Idem, ibidem.

85. Idem, p. 69.

86. Cf. item 2.5.1

III – das decisões do Tribunal do Júri, quando:

(...)

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

(...)

§ 3.º Se a apelação se fundar no n. III, *d*, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; *não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação"* (grifos nossos).[87]

Não foram só os representantes da sociedade, por meio do exercício da Justiça Popular, que optaram por perdoar este homicídio passional: "Maitê Proença Gallo, que, posteriormente, tornou-se atriz de rara beleza e enorme sucesso, foi testemunha de defesa, ouvida em plenário do Júri. Sua narrativa corroborou a versão do pai e pesou muito na decisão absolutória dos jurados. Ela contou, em seu depoimento, que "viu o professor (Ives Gentilhomme) dormindo no sofá-cama utilizado pela mãe, na manhã seguinte à realização de uma festa em sua casa, em outubro de 1970". Maitê disse a verdade sobre o que sabia; cumpriu seu dever (...). O que se passou em sua alma adolescente, somente ela sabe".[88]

4.3 Caso "O Linchamento"

Barão Geraldo, um distrito da cidade de Campinas, na época conhecido como um local tranquilo para se viver, teve sua paz alterada com a chegada de dois irmãos que foram ali residir. Com o perfil agressivo e voltado para confusões, frequentemente se envolviam em desentendimentos com os moradores da região e, em não raras vezes, os agrediam.[89]

Em meados da semana santa, os irmãos receberam a visita de um parente que residia em outra cidade, e os três, sedentos por tumulto, agrediram fisicamente uma pessoa. Este episódio foi o estopim para que os moradores do local, até então pacatos e sempre muito unidos, fizessem justiça com as próprias mãos. Colocaram fim ao caos que se iniciara com a chegada dos irmãos encrenqueiros.[90]

Reunidos em um grupo de aproximadamente 17 integrantes, os cidadãos do distrito se dirigiram à casa dos irmãos e espancaram os três arruaceiros, que termi-

87. BRASIL. Código de Processo Penal. *Vade Mecum OAB*... cit.

88. ELUF, Luiza Nagib. Op. cit., p. 70.

89. SILVA, Silvio Artur Dias da. *Casos de Júri e outros casos*. Campinas: Millennium, 2013. p. 120.

90. Idem, p. 70.

naram sua noite no hospital. Um deles permaneceu internado e por isso livrou-se da morte que se aproximava, enquanto os outros dois foram à delegacia de polícia registrar ocorrência. No sábado de aleluia, os 17 justiceiros retornaram à residência dos irmãos e os mataram. Os participantes do linchamento foram submetidos a Júri Popular e, surpreendentemente, absolvidos por unanimidade. Os jurados optaram por não punir a atrocidade, nitidamente cruel, que ocorre quando 17 pessoas resolvem matar duas:[91] "Foi difícil ao membro do Ministério Público sustentar, no julgamento do primeiro réu (o processo fora desmembrado: alguns réus recorreram da sentença de pronúncia), a acusação – que era grave: homicídio qualificado –, tendo vítimas tão ruins (quer queira, quer não, os jurados, no crime de homicídio, julgam também a vítima). Parecia que o acusador estava com vontade de requerer a absolvição, mas ele sustentou o libelo. (...) os jurados, sem dúvida, julgando também as vítimas, absolveram este primeiro acusado por sete votos a zero. Pouco tempo depois, foi julgado o segundo acusado e o resultado foi quase o mesmo".[92]

4.4 Um erro técnico: da ignorância à má-fé

Era o ano de 1996 na cidade de Mogi-Mirim, em São Paulo. O réu foi levado a Júri, acusado de ter praticado o crime previsto no art. 121 *caput*, do CP ("matar alguém"), em processo que tramitou perante a 1.ª Vara Judicial de Mogi-Mirim. Iniciada a sessão plenária, como ocorre em todo processo criminal, os debates começaram com a sustentação oral do Ministério Público, órgão de acusação que possui "a responsabilidade de representar o Estado na repressão do crime".[93] Assim, dada a palavra ao *Parquet*, o Promotor de Justiça expôs o fato delituoso e propugnou pela condenação do réu, sustentando restarem comprovadas a autoria e a materialidade do crime.[94]

Esgotadas as teses acusatórias, passou-se a palavra para a defesa do acusado. O advogado defensivo optou pela tese de negativa de autoria, e para tanto fez uso de uma hora e cinquenta e cinco minutos buscando convencer os jurados que não foi o réu quem praticara aquele injusto penal. Subsidiariamente, o defensor adotou a tese da legítima defesa, asseverando que, caso os jurados entendessem que foi o acusado que matou a vítima, ele o fizera para repelir injusta agressão (art. 25 do CP). Posteriormente, o magistrado que presidiu a tribuna, também professor, ao

91. Idem, p. 70-71.

92. Idem, p. 71.

93. ELUF, Luiza Nagib. Op. cit., p. 161-162.

94. Aula ministrada por: MARREY, José Guilherme di Rienzo. *Direito processual penal*. Campinas: PUC, 29 ago. 2013.

comentar o caso para seus discentes, explicou que as duas teses levantadas pela defesa são antagônicas entre si, o que constitui erro jurídico. Acerca de teses antagônicas, salienta Eluf que: "O que não pode ser feito é a apresentação de teses conflitantes entre si, de maneira que uma exclua completamente a outra",[95] pois podem influenciar, indevidamente, na decisão dos jurados, que não possuem o conhecimento técnico para discerni-las.

Entretanto, no que tange à falta de conhecimento técnico dos jurados, o advogado de defesa foi além, valendo mão de uma tese inexistente do direito processual penal pátrio para ludibriar os jurados e induzi-los a erro. Em réplica, o advogado, indevidamente, inverteu o ônus da prova, afirmando aos jurados que o Ministério Público não logrou êxito em comprovar que não houve a legítima defesa alegada, questionando aos juízes leigos como poderia, o Promotor, condenar o réu sem provar que ele não agiu sob o manto da excludente de ilicitude.

Contudo, conforme disciplina o art. 156 do CPP, o ônus de provar o fato compete àquele que o alega. Desta maneira, como a legítima defesa foi uma tese defensiva, cabia ao defensor provar sua ocorrência, e não à acusação comprovar que não ocorreu. Os jurados, leigos, não sabiam deste "detalhe" técnico-jurídico, razão pela qual, ludibriados, absolveram o réu por 5 votos a 2.

Conforme declarou o magistrado que presidiu a causa, qualquer juiz afastaria as teses de defesa, por serem antagônicas, e desobrigariam a acusação de provar a inocorrência da tese defensiva, mas os jurados assim não procederam, e seu veredicto, malgrado os erros jurídicos, tiveram que prosperar, em prol da soberania.

4.5 As duas acepções da justiça

Cesare Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas*, com presteza, sugere que as penas decorrentes da prática de crimes devem ser aplicadas conforme a letra da lei penal, sem que haja qualquer juízo de valor por parte do aplicador. Explica o autor que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e o único detentor do direito de estabelecer leis penais é o legislador, representante de toda a sociedade ligada por um contrato social.[96] Com efeito, tratando-se da aplicação das leis penais e suas penas, Beccaria sustenta que os magistrados não podem ter o direito de interpretá-las,[97] devendo limitar-se à constatação da prática ou não do fato pelo réu, pois se assim não fosse, a sorte do acusado ficaria à mercê do espírito do juiz.[98]

95. ELUF, Luiza Nagib. Op. cit., p. 184.

96. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 20.

97. Idem, p. 21.

98. Idem, p. 23.

Leciona o autor que: "O juiz deve fazer um *silogismo* perfeito. A *maior* deve ser a lei geral; a *menor*, a ação conforme ou não à lei; a *consequência*, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro" (grifos do original).[99]

Depreende-se que o autor não tarda em explicar as razões de acreditar ser necessário extirpar qualquer juízo de valor na subsunção do fato típico à norma: somente assim o indivíduo poderá calcular exatamente os inconvenientes de um injusto penal, o que é importante para desviar do crime ou dispor, com segurança, de sua liberdade e de seus bens.[100]

Compulsando as ensinanças de Beccaria, percebe-se que sua preocupação – que o julgador do crime permaneça adstrito ao comando da lei – tem por objetivo angariar garantias ao cidadão de apenas estar preso às convenções que ele mesmo, por intermédio dos representantes de sua comunidade, escolheu. O próprio autor alega que: "O povo dirá: 'Nós não somos escravos, porém protegidos pelas leis'".[101]

Entretanto, infere-se dos casos explanados nos subitens anteriores que o Tribunal do Júri não segue esta tônica sugerida por Beccaria. Os juízes populares deste instituto não se limitam a aferir a ocorrência do fato típico e, em caso afirmativo, aplicar a sanção correspondente. Aos jurados é lícito não só fugir à interpretação literal da lei penal, como desobedecê-la na integralidade. E isto ocorre porque, em algumas ocasiões, a aplicação da letra fria da lei ao caso não resulta em verdadeira proteção à pessoa, porquanto não tem o condão de alcançar a justiça em todas as suas vertentes.

Em consonância, Ana Cláudia Marques revela que a concepção de justiça divide-se entre a Justiça oficial e as justiças nativas, consignando que a primeira vertente corresponde a regras previstas nos códigos legais e a segunda, a valores éticos e morais da sociedade.[102] Aduz a autora que a Justiça oficial é estipulada em preceitos e pune a iniciativa privada para que compense um dano causado, todavia, não raras vezes demonstra-se insuficiente para lidar com determinadas situações. Aludida ineficiência da Justiça oficial se dá por diversas razões, dentre as quais se destacam os valores culturais e locais que permeiam as ações privadas e não são observados pela máquina legislativa e judiciária. Assim sendo, a iniciativa

99. Idem, p. 22.

100. Idem, p. 23.

101. Idem, p. 29.

102. MARQUES, A. Justiças e ajustes sociais. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. n. 1. Porto Alegre, maio 2007. Disponível em: [http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/80]. Acesso em: 15.11.2013. p. 129.

privada "se sustenta no pressuposto ou verificação da ineficiência da Justiça para a compensação almejada".[103]

Observa a autora que o Tribunal do Júri constitui o instituto em que ambas as acepções de Justiça, mesmo quando antagônicas, podem se conjugar e se completar, uma vez que os jurados realizam "provavelmente do modo mais privilegiado e agudamente sentido, a ponte entre as duas formas de justiça, bem como dos ajustes sociais que supõem".[104] Isto porque, inseridos em determinado local e tempo, suas decisões expressam a forma como aquele grupo social pensa em relação a certos atos, bem como demonstram o significado da efetiva justiça para aquela sociedade. Desta forma, quando há compatibilidade entre a decisão dos jurados e a lei positiva, percebe-se que as duas concepções de justiça são idênticas. Por outro lado, nos casos em que a decisão se opõe aos preceitos legais, os jurados optaram pela justiça em sua vertente nativa em detrimento da oficial.

No que tange ao caso Gallo e Margot, malgrado a sessão do Júri tenha sido instituída para julgar o homicídio passional praticado pelo marido, o adultério da vítima também estava em pauta no plenário.[105] A absolvição de Gallo, réu confesso do conjugicídio, demonstra o significado do justo nos termos da justiça nativa para aquela sociedade cujos valores morais, à época, eram extremamente machistas.[106]

Como bem obtempera Ana Cláudia Marques, o Tribunal do Júri traz à tona "um conflito social mais amplo do que aquele que envolve as partes em litígio",[107] e esta reflexão reflete o julgamento do caso "linchamento". Decerto que os jurados, ao absolverem moradores antigos da cidade, que causaram a morte de forasteiros malqueridos, sopesaram a atitude dos vizinhos homicidas com os pandemônios causados pelas vítimas e chegaram a mais uma decisão baseada em justiça nativa, concluindo que a morte constituiu solução plausível e aceitável para frear as confusões dos baderneiros.

Por fim, em relação ao erro técnico que incorrem os jurados no último caso, é certo que os opositores do Júri costumam invocar o desconhecimento jurídico dos jurados como um motivo para extirpar do ordenamento esta instituição.[108] Todavia, somos adeptos ao pensamento de Fernando da Costa Tourinho Filho, segundo o qual: "É certo que muitas vezes as decisões do Júri deixam a desejar, mas, em com-

103. Idem, p. 125.

104. Idem, p. 127.

105. Idem, p. 132.

106. ELUF, Luiza Nagib. Op. cit., p. 68.

107. MARQUES, A. Op. cit., p. 140.

108. TUBENCHLAK, James. Op. cit., 3.

pensação, quantas sentenças dos Juízes togados não são reformadas pela Instância Superior, e quantas decisões dos Tribunais não são anuladas pelos órgãos superiores do Poder Judiciário?".

CONCLUSÃO

Originariamente, o Júri era uma instituição elitista e discriminatória, contudo, hodiernamente, constitui um instituto garantidor de direitos aos cidadãos, precipuamente, o *jus libertatis*. Isto porque, possibilita que os autores dos crimes dolosos contra a vida sejam julgados por indivíduos comuns em vez de juízes togados, de sorte que o agente possa explicar aos seus semelhantes as razões pelas quais tirou a vida de outra pessoa.

Por óbvio, o Direito pátrio contempla a figura dos juízes togados, órgãos do Poder Judiciário constitucionalmente previstos para atuar na prestação jurisdicional. Paralelamente, contempla o Tribunal do Júri, previsto na Constituição Federal como cláusula pétrea para, também, atuar na prestação jurisdicional. Ora, a coexistência destes dois órgãos incumbidos da mesma tarefa não nos parece mero pleonasmo jurídico.

A atuação da magistratura togada não é ilimitada, porquanto encontra suas margens na lei positiva. Desta forma, ao magistrado só é lícito absolver o réu se estiver presente uma das causas previstas no art. 386 do CPP, *in verbis*:

"Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I – estar provada a inexistência do fato;

II – não haver prova da existência do fato;

III – não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1.º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação".[109]

Contudo, como bem salienta Bulos, "a lei nem sempre acompanha o fato e a vontade popular".[110] Nesta seara, a mesma limitação legal não abarca as decisões do

109. BRASIL. Código de Processo Penal. *Vade Mecum OAB*... cit.

110. BULOS, Lammêgo Uadi. Op. cit., p. 203.

Conselho de Sentença. O corpo de jurados é formado por pessoas sem conhecimento técnico, de sorte que irão apreciar os casos de maneira desvinculada aos padrões legais. O jurado não conhece a legislação de maneira aprofundada, tampouco o art. 386 do CPP, desconhece súmulas, orientações doutrinárias e as tendências jurisprudenciais. Não obstante aventado desconhecimento jurídico, os jurados são juízes e podem absolver o réu, ressaltando que sua decisão é inalterada em razão da soberania dos veredictos. Por esta razão enxergamos o Júri como uma garantia, sobretudo, ao direito de liberdade.

Entretanto, no direito pátrio atual, os jurados não detêm competência de julgar *qualquer crime*, apenas os crimes dolosos contra a vida. Mas, ora! Matar alguém! Subtrair-lhe a vida! *Não* nos parece um *delito qualquer*! Constituem ilícitos gravíssimos e envoltos em motivos peculiares. Destarte, como lembra Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, "o homicídio é um crime de ímpeto. Ele, muitas vezes, é praticado no calor de uma específica situação de vida, por isso, é importante que todas as circunstâncias que o rodeiam sejam levadas a julgamento, para que se avalie a conduta do homicida naquelas circunstâncias. E ninguém melhor do que seus pares, isto é, as mulheres e os homens do cotidiano".[111]

A nosso ver, este é o motivo pelo qual os crimes dolosos contra a vida são, de maneira petrificada pela Constituição Federal, de competência do Júri. A função do juiz togado é impositiva: realizar o silogismo jurídico e aplicar a sanção penal quando a autoria e a materialidade do crime estiverem comprovadas. Então para que o Júri? Ora, para que exista a possibilidade de *não* aplicar a sanção nos casos em que a autoria e materialidade do crime estejam comprovadas. Assim, o veredicto dos jurados vai demonstrar se o crime cometido pelo réu – tirar a vida de outrem – é inescusável ou se sua atitude é compreendida pelos sete representantes da sociedade, em razão dos costumes, da cultura ou, até mesmo, da clemência. Corrobora Tubenchlak que: "Os jurados são o ponto de contato entre o mundo real e o mundo jurídico; e o Júri é a pedra angular da democratização da Justiça, informando-a diuturnamente a respeito dos valores que deseja ver reconhecidos ou repudiados".[112]

Neste plano, confirmamos a tese das duas acepções de Justiça: ao lado da justiça oficial, há a justiça nativa, que vai além daquela prevista nas leis, tão genéricas, abstratas e impessoais. É a justiça que emana do povo e não se obstaculiza nos preceitos normativos. Os jurados desconhecem as leis do Direito, mas sabem separar o certo do errado.

111. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira. Entrevista concedida à *Folha de S.Paulo* de 2 set. 1996. Apud ELUF, Luiza Nagib. Op. cit., p. 141.

112. TUBENCHLAK, James. Op. cit., p. 165.

Inegavelmente, os jurados são humanos e o homem é falho. Eventualmente, os juízes populares podem ser induzidos pela boa oratória da acusação ou da defesa ou, até mesmo, psicologicamente, assumir uma posição de superioridade em relação ao acusado, seja por estar na posição de seu julgador, seja em relação à classe social desprivilegiada do réu. Convém repetir: o jurado é homem, e o homem é falho. Também o são os magistrados.

Por derradeiro, convém ressaltar duas pertinentes observações de Fernando da Costa Tourinho que, perfeitamente, encerram o presente estudo: "Se por acaso o constituinte quisesse um julgamento técnico, por óbvio não teria instituído e mantido o Júri. Este compreende a sociedade em que vive. O Juiz togado, não. O togado compreende a lei e dela não pode afastar-se. Ainda que sabendo que teria a mesma conduta do réu, ficaria acorrentado, preso às provas dos autos, ao texto da lei, podendo inclusive, se ousar agir de outra maneira, responder por prevaricação".[113] "Como bem disse Roberto Lyra, 'não é o jurado obrigado, como Juiz, a decidir pelas provas do processo, contra os impulsos da consciência'. Os jurados têm inteira liberdade de julgar, e o fazem de acordo com sua consciência, sem ficar adstritos à lei e à prova."[114]

Salutar observar que, malgrado todas as falhas deste instituto, apenas ele possibilita que o réu explique porque cometeu o crime e revele as razões de ter tirado a vida de outrem, dando azo para que seus juízes decidam, não dentro dos moldes impostos pelas regras legais, mas limitados por apenas uma barreira: suas consciências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. *Toda a história: história geral e história do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Ática, 1999. 496p.

AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. O Tribunal do Júri como instrumento do Estado Democrático de Direito. Disponível em: [www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/dissertacoes_2010/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Daniel%20Avelar.pdf]. Acesso em: 16.11.2013. 171p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. 936p.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2002. 128p.

BRASIL. Código de Processo Penal. *Vade Mecum OAB e concursos*. Obra seletiva de autoria da Ed. Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Cespedes e Juliana Nicoletti. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. 2058p.

113. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 121.

114. Idem, ibidem.

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BULOS, Lammêgo Uadi. *Constituição Federal anotada*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. 1456p.

CARO, Herbert; BOTTARI, Maximiliano; GOMES, Francisco Casado. *Dicionário de português – latino*. 1. ed. Rio de Janeiro, Porto Alegre, São Paulo: Globo, 1961. 728p.

ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 237p.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: [www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/constituicoes/CUSAT.pdf] Acesso em: 16.11.2013.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013. 399p.

GUIDE CRIMINAL COURTS. Disponível em: [www.gov.uk/courts/crown-court]. Acesso em: 17.11.2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 297p.

MARQUES, A. Justiças e ajustes sociais. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. n. 1. Porto Alegre, maio 2007. Disponível em: [http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/80]. Acesso em: 15.11.2013. 16p.

MARREY, José Guilherme di Rienzo. *Direito processual penal*. Campinas: PUC, 29 ago. 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. vol. 2, 534p.

NÁUFEL, José. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*. 2. ed. rev., atual e amp. Rio de Janeiro: José Konfino Ed., 1959. vol. 3, 371p.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. 539p.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. 291p.

SEVENTH AMENDMENT. Disponível em: [http://kids.laws.com/seventh-amendment]. Acesso em: 16.11.2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 925p.

SILVA, Camila Garcia da. O caso dos irmãos Naves: "tudo o que disse foi de medo e pancada...". *IBCCrim – Revista Liberdades*. n. 4. maio-ago. 2010. Disponível em: [www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/5/_historia.pdf]. Acesso em: 15.11.2013. 10p.

SILVA, Silvio Artur Dias da. *Casos de Júri e outros casos*. Campinas: Millennium, 201. 83p.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos & rituais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 173p.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos: o crime e o criminoso, entes políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. 178p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 4, 718p.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri: contradições e soluções*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1990. 309p.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A ausência de deliberação no tribunal do júri brasileiro, de Eric Hadmann Jasper - *RT* 878/455-470 (DTR\2008\726);
- A eficácia constitucional no tribunal do júri: limites de observação do devido processo legal, de Cláudio Alberto Gabriel Guimarães e Quezia Jemima Custódio Neto da Silva - *RT* 922/389-428 (DTR\2012\450368);
- As recentes alterações na lei do tribunal do júri e seu impacto no mundo jurídico, de Jamille Gonçalves Veras - *RCP* 17/49-63 (DTR\2013\573);
- O tribunal do júri na ordem processual garantista constitucional, de Hamilton da Cunha Iribure Júnior - *RT* 926/517-528, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 9/375-385 (DTR\2015\11055); e
- Tribunal do júri - Um estudo no Estado de Goiás acerca dos fatos que influenciam ou não os jurados na hora do voto, de Dayse Mysmar Tavares Rodrigues - *RCP* 12/95-127 (DTR\2010\576).

JULGANDO A LIBERDADE EM LINHA DE MONTAGEM: UMA OBSERVAÇÃO ETNOGRÁFICA DOS JULGAMENTOS DOS *HABEAS CORPUS* NAS SESSÕES DAS CÂMARAS CRIMINAIS DO TJPE

TRIALS THAT ARE RUN LIKE AN ASSEMBLY Y LINE: AN ETNOGRAPHIC OBSERVATION OF HABEAS CORPUS TRIALS IN SESSEIONS HELD AT THE CRIMINAL COURTS OF THE PERNAMBUCO STATE

MANUELA ABATH VALENÇA

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Professora da Universidade Católica de Pernambuco e da Universidade Federal de Pernambuco. Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.
manuelaabath@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A justiça penal convive com a tensão de buscar a celeridade do processo e preservar as garantias processuais penais. Compatibilizar essas metas significa adotar padrões de julgamentos acelerados em que essas garantias aparecem apenas para compor a cerimônia. Neste trabalho, objetivamos compreender como os *habeas corpus* são julgados nas sessões das câmaras criminais do TJP. Por meio de observações etnográficas e de análises quantitativa de acórdãos proferidos pelas câmaras, verificamos uma justiça em linha de montagem, com forte tendência em denegar a ordem. O resultado são julgamentos que, em 98% dos casos, são unânimes, e que, em média, denegam a ordem em 90% dos processos.

PALAVRAS-CHAVE: Celeridade - Justiça em linha de montagem - Garantias processuais penais - *Habeas corpus* - Prisão preventiva.

ABSTRACT: The criminal justice system faces the challenge of seeking celerity, preserving the procedural guarantees. Reconcile these goals means adopting standards accelerated trials in which these assurances appear only to compose the ceremony. In this work, we aim to understand how the *habeas corpus* are judged in the sessions of the criminal chamber of the Court of Justice of the State of Pernambuco. Through ethnographic observations and quantitative analysis of judgments of the chambers, we find an assembly line justice working, with a strong tendency to deny the order of liberation. At the end, we found that, in 98% of the cases, the decisions are taken with the accordance of all the judges of the chambers, and that, in 90% of the cases, the defendants are kept in prison.

KEYWORDS: Celerity - Assembly line justice - Procedural guarantees - *Habeas corpus* - Provisional liberty.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Excesso de burocracia e a seletividade processual penal – 3. Julgando a liberdade em linha de montagem: uma etnografia das sessões das câmaras criminais: 3.1 Notas metodológicas: 3.1.1 Fazendo etnografia em lugar (aparentemente) familiar; 3.1.2 A pesquisa; 3.1.3 O universo: as câmaras, os julgadores e as sessões; 3.2 A justiça em linha de montagem:

VALENÇA, Manuela Abath. Julgando a liberdade em linha de montagem: uma observação etnográfica dos julgamentos dos *habeas corpus* nas sessões das Câmaras Criminais do TJPE. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 207-238. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

3.2.1 A lógica da confiança e a etiqueta do "acompanho": o elemento relacional; 3.2.2 A lógica da denegação: formando padrões na linha do ideal de defesa social; 3.2.3 A lógica da unanimidade: elementos incidentais da justiça em linha de montagem – 4. Conclusões – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

– "Dr. Petrúcio,[1] profira seu voto."
– "Tenho mais não."
– "Não! Acompanha a ordem, né?"
– "Acompanho."
(risos)

O diálogo acima é a reprodução de um dos diversos que pudemos acompanhar ao longo do trabalho de campo nas sessões das quatro câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE). A primeira fala é do desembargador que preside a sessão de julgamento e ele pede a um dos votantes que se pronuncie sobre o *habeas corpus* (HC) em exame. O Dr. Petrúcio, que não depositava muita atenção no caso, confundiu-se e informou que não tinha mais processos em que era relator. O presidente o corrige e logo reproduz o que acontece em mais de 98% dos casos de HC: "acompanha, né?".

O Judiciário pernambucano já foi apontado, em relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como um dos mais ineficientes do país, possuindo, no ano de 2009, uma carga de trabalho de 3.351 processos por juiz de primeiro grau, a quarta maior da federação, com uma taxa de congestionamento na fase de conhecimento de 81,7%, a terceira maior do Brasil.[2] De acordo com os relatórios publicados trimestralmente pelo próprio TJPE, constata-se que a realidade na justiça de segundo grau é semelhante, possuindo as câmaras criminais taxas de congestionamento que giram em torno dos 60%.

Como sugerem as taxas acima mencionadas, a capacidade que tem o Judiciário estadual hoje de lidar com a demanda a ele apresentada é bastante deficiente. Com vistas à redução do congestionamento, emergem artifícios que vão desde eventos extraordinários como os mutirões até a adoção de uma rotina ordinariamente marcada por uma análise superficial e sumária dos processos.

1. Nome fictício.

2. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA Justiça em Números 2009: indicadores do Poder Judiciário – Justiça Estadual. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/pesquisas_judiciarias/jn2009/rel_justica_estadual.pdf]. Acesso em: 12.06.2012.

Neste trabalho, pretendemos entender como opera essa justiça em ritmo de linha de produção no julgamento dos *habeas corpus* liberatórios no TJPE. Apenas para se ter uma ideia, observamos, no curso da pesquisa, que cada sessão da câmara julgava uma média de quinze *habeas corpus*. Se para cada um fosse feita uma sustentação oral de quinze minutos (o máximo permitido), somando-se ainda os cerca de cinco minutos utilizados para a leitura do relatório e do voto, seriam – e esse cálculo é por baixo – aproximadamente vinte minutos para cada HC. Sem reservar um só minuto para discussões, isso totaliza cinco horas de julgamentos somente dessas ações! Somam-se a elas pautas não menos cheias de apelações, recursos em sentido estrito, embargos de declaração e todos os demais incidentes julgados pelo órgão.

Partimos do olhar interacionista que entende uma organização como o Tribunal como um conjunto de atores, papéis e normas que estão em constante relação. Essa organização é viva e as normas jurídicas que orientam seu funcionamento são concretizadas dentro desses processos de interação, fazendo emergir outros níveis de normatizações, fruto da interpretação e da adaptação do texto legal à realidade e às exigências da organização. Em verdade, o texto legal, incapaz de gerar um único tipo de comportamento, dado a sua textura necessariamente aberta, é vivenciado nos processos de interação.

Parte do que vimos nas observações participantes das sessões das câmaras criminais não pode ser plenamente reduzido a termos neste trabalho. A vertigem em ver um processo que corre em ritmo frenético em que francamente não parece haver ninguém por trás – nem vítima e nem réu – esteve presente em diversos momentos da observação. Buscando, entretanto, esquematizar o observado, expomos a nossa interpretação sobre a justiça em linha de montagem que opera no julgamento dos HCs liberatórios no TJPE, levando em consideração os seus padrões de funcionamento, a sua lógica e peculiaridades e, sobretudo, o que é necessário para que um caso escape ao ritmo frenético da linha de produção e mereça um tratamento mais acurado por parte dos desembargadores.

Na primeira parte deste artigo tecemos breves considerações sobre a subsistência das garantias processuais penais nessa justiça em linha de montagem e, na segunda parte, partimos para a apresentação de nosso trabalho de campo e da forma como interpretamos a justiça em linha de montagem no TJPE.

2. EXCESSO DE BUROCRACIA E A SELETIVIDADE PROCESSUAL PENAL

A imagem da linha de montagem é a de uma estrutura que se automatiza para gerar produtos padronizados. Pensar a justiça a partir desse padrão foi o que fez Abraham Blumberg, em artigo pioneiro datado de 1967. Segundo o autor, as cortes funcionam com base em "valores pragmáticos, prioridades burocráticas e instru-

mentos administrativos" e diante do número excessivo de processos a serem julgados, a resposta a ser dada é o julgamento deles em detrimento de princípios do devido processo legal.[3] Pensar esse padrão, leva-nos a refletir sobre o próprio conceito de burocracia.

O conceito típico-ideal[4] de burocracia moderna construída por Max Weber é fundamental para que compreendamos os traços gerais que essas organizações tomaram na modernidade e que peculiaridades elas assumiram e assumem nos diferentes espaços em que se desenvolvem.

Para compreender a burocracia, devemo-nos, antes, remeter ao conceito weberiano de dominação. A dominação é "a probabilidade de encontrar obediência dentro de um grupo determinado para ordens específicas".[5] Essa obediência pode derivar de uma sorte de mecanismos, inclusive a coerção puramente física. Porém, a crença na legitimidade desse domínio é o que o torna mais provável e durável.

A partir da relação de legitimidade que se estabelece, Weber destaca a existência de três tipos de dominação: a racional, "que descansa na crença na legalidade de ordenações estatuídas";[6] a tradicional, que se funda "na crença cotidiana na santidade das tradições"[7] e a carismática, que se baseia na devoção afetiva à santidade ou ao caráter exemplar de uma pessoa.

A dominação racional se desenvolverá prioritariamente em uma forma administrativa burocrática, fundamentando-se na crença em um conjunto de leis impessoais racionalmente estabelecidas, as quais regem não somente a atividade dos cidadãos como um todo, mas dos próprios membros da administração. O cidadão não obedece, assim, à pessoa do "chefe", mas à ordem impessoal estabelecida nos regulamentos.

A prevalência da administração burocrática na modernidade se deveu a uma série de fatores que Weber expõe ao longo de seus trabalhos. Mudanças econômi-

3. BLUMBERG, Abraham. The practice of law as confidence game: organizational cooptation of a profession. *Law & Society Review*. vol. 1. n. 2. p. 17. Danvers: Wiley-Blackwell, jun. 1967.

4. O tipo ideal é "formulado, primeiramente, mediante uma exageração consciente das características *essenciais* do padrão de ação que interessa ao pesquisador e, em segundo lugar, da síntese dessas orientações características em um conceito unificado e rigoroso do ponto de vista lógico" (KALBERG, Stephen. *Max Weber: uma introdução*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010. p. 41).

5. WEBER, Max. *Economia y sociedad*. [1922]. México: Fondo de Cultura Economica, 1996, p. 170.

6. Idem, p. 172.

7. Idem, ibidem.

cas, sociais, políticas, científicas e filosóficas irão explicar a adoção quase que generalizada de um modelo burocrático na organização de boa parte dos Estados ocidentais.

O sistema capitalista e a sociedade industrial trazem consigo a especialização técnica e uma divisão do trabalho social que engendram um aumento quantitativo das tarefas administrativas, mas, sobretudo, um aumento qualitativo tendo em vista o surgimento de diversas ocupações especializadas, concluindo Weber que "a burocracia é ocasionada mais pela ampliação subjetiva e qualitativa e pelo desdobramento interno no âmbito das tarefas administrativas do que pelo seu aumento extensivo e quantitativo".[8]

Outra marca da modernidade ocidental é o desenvolvimento científico e o domínio da natureza, que afastam o homem da crença nas explicações mágicas sobre os fenômenos em geral, fazendo prevalecer a crença na razão. A racionalização emerge como padrão mais correto de descrição dos eventos naturais e sociais e de formação das instituições políticas. É dessa forma que o "desencantamento do mundo" de que nos fala Weber também contribui sobremaneira para a prevalência da burocracia racional-legal como forma de administração dos Estados na modernidade ocidental.

Finalmente, a burocracia será, segundo Weber, o aparato mais eficiente para lidar com as demandas de velocidade, precisão, impessoalidade e constância exigidas tanto pela produção capitalista quanto pela democracia de massa orientada pelos ideais liberais e republicanos de isonomia e legalidade, valores que nortearam a composição política de diversos Estados ocidentais nos séculos XVIII e XIX.

O mundo jurídico sofreu diretamente com a burocratização das instâncias de poder do Estado a partir do século XVIII, ocorrendo um processo de "positivação do direito, que desvincula o sistema jurídico de sua tradicional vinculação com o sagrado, substituído pela decisão tomada através de procedimentos preestabelecidos".[9]

Em termos processuais penais, esse movimento de adoção de uma estrutura burocrática racional-legal é expresso na adoção de garantias processuais penais. É exatamente a partir do século XVIII que se tornaram comuns os textos que condenavam a crueldade inútil dos sistemas criminais e suas práticas a ponto de que na década de 1780 "a abolição da tortura e das formas bárbaras de punição

8. WEBER, Max. *Ensaios de sociologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1963. p. 246.

9. AZEVEDO, Rodrigo G. de. Sistema penal e violência de gênero: análise sociojurídica da Lei 11.340/06. *Sociedade e Estado*. vol. 23. n. 1. p. 120. Brasília: UnB, jan.-abr. 2008.

corporal tinham se tornado artigos essenciais na nova doutrina dos direitos humanos".[10]

Pouco a pouco foi se delineando um modelo garantista de justiça penal que tem como objetivo central a limitação do estado punitivo, seja em sua esfera material (o que punir), seja na forma (como punir). Como situa Amílton B. de Carvalho e Salo de Carvalho:[11]

"Representando um elogio à racionalidade jurídica, a teoria do garantismo penal pressupõe o direito como única alternativa à violência dos delitos e das penas, cuja existência apenas se justifica se percebido como mecanismo de tutela do indivíduo contra as formas públicas e privadas de vingança".

Luigi Ferrajoli reconhece as contribuições da filosofia analítica da linguagem, compreendendo os textos legais como textos passíveis de serem interpretados das mais diversas formas, negando, assim, qualquer vinculação direta entre texto e decisão, típicas das formulações exegetas. Pretende, entretanto, construir um modelo capaz de racionalizar a aplicação do direito penal e, para tanto, fixa princípios e garantias como axiomas,[12] que devem nortear a atividade decisória.[13]

Esses preceitos liberais foram paulatinamente se integrando aos textos de nosso país, desde a Constituição de 1824, com influxos autoritários aqui e acolá, sobretudo no curso de governos ditatoriais, após o que se seguem esforços de consagração dessas garantias. O período de restauração da estabilidade das democracias na América Latina, sobretudo a década de 1990 foi palco de transformações dessa natureza nos sistemas de justiça

"visando a valorização dos princípios fundamentais, a redução da atuação das Forças Armadas na política interna, a transformação da política e a adequação da administração da justiça às necessidades e realidades de cada país".[14]

No entanto, esse foi também o período de aumento da violência letal, do fortalecimento do populismo punitivo, do incremento do sentimento de insegurança,

10. HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história.* São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 29.

11. CARVALHO, Amílton B. de; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 20.

12. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 75.

13. Uma crítica aos limites dessa tarefa pode ser lida no trabalho: PINHO, Ana Cláudia. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal.* São Paulo: Livraria do Advogado, 2013.

14. AZEVEDO, Rodrigo G. de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. *Sociologias.* ano 7. n. 13. p. 217. jan.-jun. 2005.

da exploração midiática do problema da criminalidade, das reivindicações de movimentos sociais por criminalização como forma de reconhecimento de bandeiras e da criminalização da corrupção. Rapidamente o brocardo "direitos humanos: privilégio de bandidos" ganhou força. Em síntese, como destaca Azevedo:[15]

"Tais reformas, que em muitos países não chegaram a ocorrer, não foram capazes ainda de resolver os principais problemas e dificuldades para a consolidação de um sistema penal garantidor os direitos fundamentais".

De fato, boa parte desses princípios balbucia no cotidiano de varas, de tribunais e do sistema penitenciário brasileiro. Não resistem, digamos assim, a um minuto de realidade. Nossas práticas são permeadas de pequenas e grandes ilegalidades. De defesas insuficientes a mortes e maus-tratos. Como destacou Lola Aniyar de Castro:

"O controle social formal é exercido praticamente sem que se leve em conta o funcionamento prescrito para o controle formal estabelecido, através dos operativos policiais, a prisão preventiva como pena antecipada, as execuções extrajudiciais e a lei de vadios e malfeitores".[16]

Assim, muito ainda há de tradição autoritária, como afeita aos limites que aquelas garantias pretendiam assegurar. Mas esse não é o único obstáculo.

A rotinização e a estandardização são características das burocracias. Neste ambiente, o réu e os operadores da justiça possuem perspectivas muito diferentes:

"O primeiro, nomeadamente o arguido, mas não só, passa por uma experiência que pode ser uma das mais angustiantes da sua vida; o segundo – o agente da instância formal de controlo – cumpre apenas mais uma tarefa de rotina profissional".[17]

As críticas dos abolicionistas são sensíveis aos problemas da burocratização excessiva do sistema punitivo, denunciando-o como uma máquina de rotinizar a prestação da justiça, de classificar os conflitos em padrões preestabelecidos e de apresentar respostas prontas, desconsiderando os desejos da vítima e a pessoa do réu. Percebem que o sistema não passa de um conjunto de órgãos que não atuam articuladamente e que, cada um a sua maneira, limita-se a classificar os conflitos penais a partir da dicotomia simplista *vítima versus bandido*.[18] Os funcionários do sistema penal, ao mesmo tempo, apropriam-se artificialmente de um conflito que não é deles, desresponsabilizando-se pelos resultados. Em resumo,

15. Idem, p. 218.

16. ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 75.

17. DIAS, Jorge de F.; ANDRADE, Manuel da C. *Criminologia: do homem delinquente à sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 2011. p. 377.

18. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline B. de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: Luam, 1993. p. 68.

"a necessidade classificatória do sistema jurídico-penal obriga os atores jurídicos a reduzirem suas percepções sobre as situações que lhes são encaminhadas, como forma de evitar o próprio colapso do sistema. Seu caráter burocrático, portanto, é potencializado, praticamente impossibilitando qualquer outra forma de atuação que não siga o passo a passo da *engenharia de produção da justiça*".[19]

Nesse ambiente, as garantias processuais penais podem ser solenemente não aplicadas por recusa do operador ou, simplesmente, porque não haverá, na organização judicial, conjuntura para tanto.

Tomemos emprestada a formulação sobre a seletividade penal. Segundo Alessandro Baratta, "esta seletividade depende da própria estrutura do sistema, isto é, da discrepância entre os programas de ação previstos nas leis penais e as possibilidades de intervenção sobre o sistema".[20] Analogamente, o sistema punitivo não possui estrutura organizacional para contemplar as garantias processuais penais em todos os casos a ele apresentados.

Os julgamentos em órgãos colegiados é um bom exemplo disso. A sustentação oral, atividade fundamental para garantir o melhor exercício da ampla defesa e do contraditório, não ocorre em todos os processos que estão em pauta. Como adiantamos acima, se isso ocorresse em todos os *habeas corpus* da pauta nas sessões criminais do TJPE, as sessões simplesmente nunca acabariam.

A relativização das garantias processuais penais é, portanto, um problema também de ordem estrutural. Aliás, possivelmente, quanto maior a chance de um caso ser selecionado pelo sistema punitivo, maior a chance de nele não serem vivenciadas as garantias processuais penais, porque são exatamente eles que constituem a rotina dos órgãos do sistema de justiça e que têm menos capital jurídico e político para angariar tratamento personalizado.

Essas eram as reflexões de autores da criminologia norte-americana ao se referirem ao fenômeno da linha de montagem e da adoção cerimonial do ritual jurídico, atropelado pelos pequenos acordos do dia a dia realizados para lidar com as urgentes metas de eficiência. Em um trabalho da década de 1970, Meyer e Rowan,[21] refletiam que, diante das varas e pautas superlotadas, garantir celeridade e direitos fundamen-

19. PALLAMOLLA, Raffaella; ASCHUTI, Daniel. Justiça criminal e justiça restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista. *Sistema Penal & Violência*. vol. 6. n. 1. p. 81. Porto Alegre, jan.-jun. 2014.

20. BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*. ano 6. vol. 6. n. 2. p. 49. abr.-maio-jun. 1993.

21. MEYER, John. W.; ROWAN, Brian. Institutionalized organizations: formal structure as myth and ceremony. *American Journal of Sociology*. vol. 83. n. 2. p. 345. Chicago: University of Chicago Press, set. 1977.

tais eram metas que se compatibilizam por meio da adoção cerimonial dos princípios racionalizadores das decisões, as quais, por seu turno, em nada obedeciam aos mandamentos das normas formais, desenvolvendo-se no seio da organização um mecanismo de confidência entre seus agentes. As decisões são tomadas segundo normas institucionalizadas informalmente no bojo da organização, embora as normas formais sejam sempre evocadas cerimonialmente, como preferem os autores.

Naquele cenário, em que certos rituais são seguidos à risca em nome das formalidades, há um sujeito *invisibilizado* – o réu – que, a despeito disso, é o destinatário direto dessas garantias.

Observamos essa dinâmica no julgamento dos *habeas corpus*. Ali aparecem outras prioridades, tais como as metas, a hora em que a sessão precisa acabar, o número muito grande de processos na pauta, a presença de muitos advogados que solicitam fazer sustentação oral (o que, inevitavelmente atrasa a pauta), a violência na cidade e tantas outras questões que, em poucos minutos, embriagamo-nos com números e palavras até esquecer que, naquela sessão, está se julgando a liberdade de alguém. Tentaremos descrever e interpretar um pouco desse cenário adiante.

3. JULGANDO A LIBERDADE EM LINHA DE MONTAGEM: UMA ETNOGRAFIA DAS SESSÕES DAS CÂMARAS CRIMINAIS

Como já comentamos, a linha de montagem possui um ritmo, um movimento, que está até mesmo no tom de voz dos desembargadores quando eles dizem "acompanho". Talvez ela faça parte do que Malinowski[22] chamava de os "imponderáveis da vida real", fenômenos que precisam ser observados em sua plena realidade e que não podem ser registrados apenas com questionários ou documentos estatísticos. Traduzir essa experiência em palavras não será tarefa fácil, mas consiste exatamente no objetivo do trabalho.

3.1 Notas metodológicas

3.1.1 Fazendo etnografia em lugar (aparentemente) familiar

A antropologia elaborou seus métodos com base nas pesquisas realizadas em sociedades dedicadas à coleta, à caça, à agricultura de subsistência. Sociedades,

22. MALINOWSKI, Bronislaw K. *Os argonautas do pacífico ocidental: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné melanésia*. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 29 (Coleção Os Pensadores).

portanto, estranhas e distantes das de seus primeiros pesquisadores. O processo de estranhamento, essencial na pesquisa etnográfica, parece mais evidente quando saímos literalmente de nosso ambiente e adentramos outro totalmente distante e nada familiar. A distância aparece como elemento imperativo. Com o passar do tempo, a antropologia passa a explorar também o ambiente das cidades Ao voltar para a cidade, o movimento parece ser o de transformar o familiar em exótico. Porém, mesmo na cidade é possível apontar para lugares e instituições fechadas sobre os quais os citadinos sabem muito pouco, ao menos que sejam parte dele por qualquer razão: presídios, manicômios, igrejas, tribunais.

Em *O ofício do etnólogo ou como ter anthropological blues*, Roberto da Matta traça o que poderão ser os passos de um estudioso que deseja realizar uma pesquisa etnográfica. A primeira fase da pesquisa, a "teórico-prática", é aquela na qual ainda não temos contato com o nosso objeto e o conhecemos apenas a partir dos "outros": teorias, livros, reportagens e qualquer outra fonte que o mediatiza. A segunda etapa, a do "período prático", é a que antecede o início do campo, os últimos preparos. Por fim, a terceira e última fase é chamada de "pessoal ou existencial" e é formada pelo trabalho de campo propriamente dito, quando o pesquisador finalmente mergulha no universo observado.

Rapidamente é possível perceber que o jurista se aventura assim em tribunais, não vivencia essas três fases, ao menos não nessa ordem. Possivelmente ele já vivenciou a realidade dos tribunais diversas vezes, mesmo antes de ser levado a teorizar sobre ela. No geral, não enfrenta dificuldades para obter permissão de se inserir no campo e, tampouco, de obedecer a certas etiquetas do universo pesquisado que vão desde a forma de se vestir ao tratamento a ser dispensado aos operadores do direito. Por último, o que o jurista sabe de seu campo ele apreendeu não apenas a partir dos "outros", mas de "si mesmo".

Como nos fala Magnani,[23] o sentimento de estranhamento deve estar presente em todo pesquisador, simplesmente porque ele não está despido de sua cultura de origem e de seus esquemas conceituais quando entra em contato com outra cultura. O pressuposto deve ser assumido como verdadeiro, ainda que façamos parte da cultura de um tribunal, integremo-la e acreditemos conhecê-la, pois o certo é que jamais olhamos como etnólogos para a rede de significados partilhada por desembargadores.

Esses são "mapas" que construímos um tanto quanto aleatoriamente e de forma desconectada. É possível que nos surpreendamos quando nos propomos a fazer

23. MAGNANI, José Guilherme C. De perto e de longe: notas para uma etnografia urbana. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. vol. 15. n. 49. p. 16. jun. 2002.

leituras mais sistematizadas dessas realidades. O primeiro passo, portanto, dado no desenrolar da pesquisa de campo surgiu a partir da leitura de Gilberto Velho e de sua advertência: "O meu conhecimento pode estar seriamente comprometido pela rotina, hábitos, estereótipos".[24]

3.1.2 A pesquisa

As sessões criminais ordinárias no TJPE ocorrem nas terças-feiras e quartas-feiras. A primeira sessão assistida foi no dia 28.02.2012 e a última, no dia 11.07.2012. Ao todo foram 26 sessões, sendo oito da 1.ª câmara, seis da 2.ª, seis da 3.ª e seis da 4.ª. Assisti a mais sessões da primeira câmara, porque um novo desembargador foi empossado como titular. Quando soubemos da nomeação de um novo desembargador titular, voltamos a assistir às sessões, porque talvez pudéssemos encontrar novos dados, o que, todavia, não aconteceu.

Já o trabalhado quantitativo com os acórdãos foi feito por meio da consulta a um banco de dados criado pelo próprio TJPE, em que constam todos os acórdãos proferidos pelo tribunal de 2000 a 2011. Pelo programa *disklite-meta* é possível acessar as decisões contidas no banco por meio de processos de busca pela data ou por palavras-chave. Utilizaram-se os argumentos "liberdade provisória", "prisão preventiva" e "art. 312 do CPP" e as datas de julgamentos foram as compreendidas entre 1.º.07.2009 a 1.º.07.2011. Destacamos que o período compreendido foi escolhido por razões operacionais e de tempo e por corresponder exatamente àquele em que vimos trabalhando em outra pesquisa.[25]

Feita a busca, foram disponibilizados quase dois mil acórdãos de *habeas corpus* liberatórios. Entretanto, interessavam apenas os conhecidos pelo tribunal, isto é, aqueles sobre os quais houve decisão de mérito sobre concessão ou não da liberdade provisória. Ao final, ficamos com 1.818 acórdãos. Composto o universo, passou-se a uma simples análise descritiva, colhendo-se neles as seguintes variáveis: (a) câmara de origem; (b) o crime, de acordo com o bem jurídico protegido ou, em alguns casos o próprio delito; (c) resultado da demanda (se denegada ou concedida

24. VELHO, Gilberto. Observando o familiar. In: NUNES, Edson de O. (org.). *A aventura sociológica: objetividade, paixão, improviso e método na pesquisa social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1978. p. 41.

25. Foi utilizado o banco construído na pesquisa "Descarcerização e sistema penal: a construção de políticas públicas de racionalização do poder punitivo", fruto de um convênio entre o CNJ e a Capes e coordenada nacionalmente pelo Prof. Dr. Rodrigo de Azevedo e em Pernambuco pelo Prof. Dr. José Luiz Ratton. A pesquisa possui quatro linhas, sendo uma delas sobre prisões preventivas no Brasil.

a ordem de *habeas corpus*); e (d) o resultado da decisão quanto à tendência dos votos (se unânime ou por maioria).[26]

3.1.3 O universo: as câmaras, os julgadores e as sessões

"Nós estamos trabalhando sob carga, sem tempo. Julgamos liberdade como se julga em um jogo de futebol."
(desembargador 4)

O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco possui quatro câmaras criminais, contando cada uma delas com três desembargadores. Dentre os doze desembargadores atuais, um não era titular à época da pesquisa.

Dos onze titulares, há apenas uma mulher. Dois deles são advindos do Ministério Público e ingressaram no Tribunal por meio do instituto do quinto constitucional.[27] Os outros nove são magistrados de carreira, sendo que quatro se tornaram desembargadores por critério de merecimento e cinco, por antiguidade, tudo nos termos do art. 93, II, da CF.

Destaque-se ainda que essa composição é a mesma desde julho de 2009, data inicial do trabalho quantitativo com os acórdãos, com a exceção de um único desembargador, que esteve no tribunal até o início do primeiro semestre de 2012. Durante os cinco meses de etnografia nas sessões, portanto, já era o seu substituto quem atuava, permanecendo os outros onze.

Nas câmaras, as taxas de congestionamento de processos vêm se mantendo muito alta nos últimos dois anos (2010 e 2011) e gira em torno de 60%. Isto é, o número de processos pendentes de julgamento é sempre maior do que o número de

26. A variável "câmara de origem" foi colhida numericamente, de 1 a 4; a "bem jurídico" também numericamente, atribuindo-se um valor de 1 a 11 de acordo com os bens jurídicos atingidos, utilizando-se a caracterização do Código Penal (crimes contra a vida, contra o patrimônio etc.) e, no caso de legislação extravagante, atribuindo-se um valor à lei como um todo (ex.: se o crime é de associação para o tráfico ou o referente a quaisquer das condutas descritas no art. 33 da Lei 11.343, a categoria seria a mesma: lei de drogas). Apesar de entender que a categorização pelo bem jurídico empobrece um pouco a análise, haja vista poderem estar no mesmo patamar crimes como o de furto e de latrocínio – ambos caracterizados como contra o patrimônio –, afigurou-se como a única alternativa redutora da complexidade que adviria de um tratamento do caso pelo tipo penal. Poderíamos chegar a um banco com mais de 50 tipos de crime, considerando que só o art. 33 antes referido possui 14 verbos/condutas. Por fim, o resultado da demanda ou resultado de acordo com a tendência dos votos foi colhido de forma dicotômica (concessivo ou denegatório e à unanimidade ou por maioria).

27. Consoante dispõe o art. 94 da CF.

processos efetivamente concluídos e baixados. O quadro abaixo mostra a variação dessas taxas nos anos de 2011 e 2012.

Tabela 1: Taxa de congestionamento (número de processos baixados/número de processos pendentes) dos processos nas câmaras criminais do TJPE

	1º trim. 2011	2º trim. 2011	3º trim. 2011	4º trim. 2011	1º trim. 2012	2º trim. 2012	3º trim. 2012	4º trim. 2012
1.ª	83,7%	82,8%	72,5%	87,8%	81,6%	70,2%	67,1%	67,2%
2.ª	64,0%	74,8%	72,7%	72,2%	74,9%	62,5%	48,8%	42,6%
3.ª	85,5%	81,9%	75,6%	80,0%	78,9%	70,9%	61,3%	57,1%
4.ª	74,0%	77,5%	83,2%	83,0%	79,3%	70,6%	62,7%	57,9%

Fonte: Relatórios estatísticos do TJPE

Neste universo superlotado é muito difícil imaginar que se mantenham ilesos os princípios que orientam os processos decisórios. Como comentamos acima, é difícil pensar como um *habeas corpus*, dentre tantos outros, e em meio a pautas esgotadas, pode ganhar alguma importância.

Já adiantamos no tópico anterior que o *habeas corpus* não integra a pauta da sessão da câmara, possuindo preferência sobre todos os demais processos. Quando a sessão começa, eles são os primeiros a serem julgados. Isso dura, em média, uma hora e meia e são julgados cerca de treze a quinze *writs* podendo esse número ultrapassar o de vinte. A média de tempo dedicada, na sessão, a cada HC é de cinco minutos, dentro do qual ocorre a leitura do relatório, do voto, a discussão e o julgamento. Esse tempo pode ser bastante estendido ou reduzido. Presenciamos ações de impugnação dessa natureza sendo julgadas em quarenta minutos e outras, em menos de um minuto, embora ambas as situações constituam casos extremos e não correspondam ao padrão. No geral, há um ritmo contínuo de julgamento durando cerca de quatro minutos. É esse o cenário em que a linha de montagem se desenvolve. Dediquemo-nos, agora, finalmente, a tratá-la.

3.2 A justiça em linha de montagem

Como dito acima, traduzir o ritmo de linha de produção em que se desenvolve o julgamento da maioria dos *habeas corpus* liberatórios no TJPE não constitui tarefa fácil e, para tanto, procurou-se criar algumas esquematizações que pudessem auxiliar a apresentação dos resultados.

Primeiramente, entendemos que há pelo menos três lógicas que operam nas sessões na formação da justiça em linha de montagem: a lógica da confidência, a lógica da denegação e a lógica da unanimidade. Essa interpretação é fruto do trabalho etnográfico e, portanto, é uma conclusão retirada do universo observado. Isso não quer dizer que algumas dessas lógicas não se reproduzam em outros tribunais, mas que a combinação entre os três padrões de comportamento são uma característica das sessões estudadas, segundo o ponto de vista do pesquisador. Aprofundaremos o sentido de cada uma delas em seguida, mas iniciemos trazendo uma breve explicação.

A *lógica da confidência* representa um *elemento de ordem interacional,* que está diretamente ligado ao encontro nas sessões criminais. Para que funcione um ritmo de julgamento em linha de montagem, é preciso que os demais desembargadores que participam da sessão confiem no relator, porque eles o acompanham, na grande maioria das vezes, passivamente. Isso não quer dizer que não haja confiança nos casos em que há discordância, mas para haver um grande número de acompanhamentos normalmente associados a nenhuma discussão sobre o caso, é preciso que haja a confiança na versão que o relator apresenta do caso e no voto que ele profere. A confiança é fundamental para que o processo não precise passar pela mão dos três julgadores. De tão essencial ela se transforma em uma etiqueta.

A *lógica da denegação* consiste no *elemento de caráter ideológico, de percepção.* A falta de discussões sobre o caso e a possibilidade de se desenvolver um julgamento em linha de produção se dá, em parte, porque há alguma afinidade ideológica a respeito das matérias julgadas, no caso dos *habeas corpus* liberatórios. Vimos que para a maioria dos desembargadores, a prisão preventiva possui um potencial de contenção da violência, o que faz com que a decisão sobre ela recaia sobre um juízo de periculosidade do paciente e de gravidade do crime em exame. A denegação da ordem de *habeas corpus* é a regra e a concessão, a exceção e, de um modo geral, todos partilham dessa crença.

A *lógica da unanimidade* é o *elemento incidental,* que, pela falta de um melhor nome, chamamos de lógica da unanimidade, tendo em vista que o resultado dele é normalmente a supressão das discussões e as votações em um mesmo sentido. A representação formal da justiça em linha de montagem é a enorme quantidade de julgamentos unânimes, embora a unanimidade não seja sinônimo de falta de discussão. A unanimidade, entretanto, liga-se normalmente a um "acompanho" passivo por parte dos desembargadores não relatores, o que permite decisões colegiadas sendo tomadas em tempo muito inferior a um minuto. Contribuem para a unanimidade questões relacionadas ao lugar dos julgamentos, ao dia, ao horário, à quantidade de processos na pauta, à ordem dos julgamentos, ao fato de o celular de um dos desembargadores tocar ao longo da sessão etc.

3.2.1 *A lógica da confiança e a etiqueta do "acompanho": o elemento relacional*

"Eu pedi vista em homenagem a Vossa Excelência."
(desembargador 4)

Podemos interpretar as interações sociais como rituais, os quais trazem para os sujeitos envolvidos regras de conduta. As regras de conduta "invadem o indivíduo de duas formas gerais: diretamente como *obrigações*, estabelecendo como ele é moralmente coagido a se conduzir; indiretamente, como *expectativas*, estabelecendo como os outros são moralmente forçados a agir em relação a ele", disse Goffman.[28] Com as sessões criminais não é diferente. Há uma maneira de se portar e uma expectativa sobre ela que acompanha todos.

Algumas dessas regras são claras e visíveis: as vestes, as togas, a linguagem, o tratamento entre os membros, o procedimento, que envolve a leitura do relatório, do voto, o início e fim das discussões e a decisão. Outras regras são menos evidentes e são percebidas apenas com uma observação mais perspicaz. Acreditamos que uma delas é a regra da confiança. Vamos ao raciocínio.

Para que os processos de *habeas corpus* sejam julgados com maior velocidade, é ideal a convergência de três fatores: que o caso seja simples, até mesmo para tornar breve o relatório e fácil a apreciação; que não haja sustentação oral e que não haja discussões entre os desembargadores, julgando-se rapidamente o feito à unanimidade de votos.

O segundo desses pontos não está sob o controle dos julgadores, mas o primeiro e o terceiro, quase sempre sim. Aparecer na sessão como um caso fácil ou não é tarefa que depende do relator, pois é ele que leva o caso a julgamento, relatando-o, contando o que aconteceu e o que se pede. Ao mesmo tempo, não discutir sobre um caso é quase sempre uma escolha que cabe aos desembargadores, a qual somente sai da esfera volitiva quando um agente externo (um advogado, a pressão midiática, o clamor social etc.) o impõe.

Concentrando-nos nesse primeiro ponto, chamamos a atenção para um elemento da justiça em linha de produção, que se concretiza no âmbito interacional, isto é, da relação entre os membros da câmara, sobretudo os desembargadores.

O relatório feito pelo relator – com a licença para a redundância – é o veículo por meio do qual o caso chega até a sessão, pois somente ele tem acesso direto,

28. GOFFMAN, Erving. [1967]. *Ritual de interação: ensaios sobre o comportamento face a face*. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 53.

conforme já comentamos acima, à petição de *habeas corpus* e aos demais documentos do processo.

Ele relata para os demais o evento criminoso, o pedido da defesa, os esclarecimentos da autoridade coatora e o posicionamento do Ministério Público a respeito do pedido da defesa. É com base nesse relato que os demais desembargadores julgarão. Emerge aqui, então, a primeira das lógicas que norteiam a justiça em linha de produção: a confiança entre os julgadores.

Todo relato é feito de acordo com certo ponto de vista que se tem de um fato. Com os relatores, isso não é diferente. Ele tem acesso a todo o processo, toma sobre ele um posicionamento e, ao apresentá-lo na sessão, é natural que ponha ênfase sobre os elementos que lhe saltaram aos olhos e que foram fundamentais na formação de seu convencimento.

O relatório já é, portanto, uma versão dos fatos do processo, versão que está ligada a um posicionamento e sobre a qual se debruçam os outros desembargadores para decidir a respeito. Muito embora, por vezes, não seja dada muita importância à leitura desses relatórios, contentando-se os desembargadores a simplesmente acompanhar o relator, em outras ocasiões a leitura é ouvida atentamente, formando-se, em seguida, uma decisão colegiada.

Entre os julgadores, portanto, há uma lógica de confiança, que evidentemente se liga diretamente à imperiosa necessidade de não se fazer passar o processo de *habeas corpus* por cada um deles. É preciso confiar que o relato corresponde ao que qualquer um faria caso lesse o processo na íntegra. Essa confiança é a base de uma justiça colegiada que precisa se compatibilizar com as metas burocráticas de eficiência. O relator possui uma importância fundamental na condução do julgamento. Como nota Barbosa Moreira:

"A importância do voto do relator varia em função de inúmeros fatores, além do mais óbvio, que é a solidez ou a fragilidade de sua fundamentação. Há relatores que gozam de maior confiança do que outros; isso sem dúvidas se reflete na probabilidade de que o voto respectivo venha a ser acompanhado pelos demais julgadores, sobretudo – mas não exclusivamente! – se se trata de juízes desatentos, inseguros ou momentaneamente impossibilitados, por esta ou aquela circunstância, de formar convicção pessoal a respeito do problema".[29]

A confiança é tanta que é muito comum os desembargadores lançarem mão de um: "O meu voto está lançado em *x* laudas e é pela denegação da ordem. Peço vênia

29. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. *Revista de Processo*. ano 19. vol. 75. p. 21. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1994.

para ler somente a ementa". Bom, quando se lê o relatório e o voto, está-se diante de versões. Porém, versões normalmente bem fundamentadas. Mas a ementa é apenas um resumo disso tudo e, ainda assim, ela basta para convencer os demais da certeza e justiça da decisão.

Essa confiança é a base para uma justiça em linha de produção. Imaginemos que um desembargador desavisado resolvesse pedir vista de todo e qualquer processo para apreciar melhor o caso e a justiça entraria em colapso. Ela é tanto uma base e é tão imprescindível, que passa a ser mesmo uma etiqueta partilhada entre os membros do órgão colegiado.

De certo, existe uma etiqueta de seguir o posicionamento do relator, que apenas excepcionalmente é relativizada. Essa etiqueta não é dirigida propriamente a um ou outro desembargador. Discordar não significa afrontar o colega de câmara, mas afrontar a lógica de funcionamento da sessão. Tanto é assim que ao longo das entrevistas eu perguntei se causava algum desconforto discordar do relator e todos eles foram unânimes em negar.

Isso não quer dizer que os julgadores não se sintam internamente afrontados, mas não foi um dado que eu pude captar com a pesquisa. Sabemos, entretanto, que há uma etiqueta na câmara: evitar o pedido de vista, não delongar as discussões e acompanhar o relator. Esse ritual é quase sagrado. Desrespeitá-lo pode gerar um ruído na interação entre os julgadores.

Aqui retomamos o texto de Rowan e Meyer e alguns conceitos de Erving Goffman, comentados brevemente no primeiro capítulo. A cerimônia da sessão possui suas regras formais e informais. A etiqueta de que estamos falando faz parte dessas regras informais que conformam a atuação dos julgadores. Em uma das entrevistas, um dos desembargadores explicou:

"Agora aqui a gente, primeiro né, você tem, não em HC, né, mas em processo de apelação com pena de reclusão, você já tem um relator e um revisor, então quer dizer, o relator e o revisor já sabem bem como é o processo, porque já tiveram ele em mãos, já analisaram e o vogal,[30] não é, ele geralmente acompanha dependendo da matéria, como ele pode também discordar" (desembargador 12).

O desembargador explicou que no caso da apelação o processo passa pelas mãos do relator e, em seguida, pelas do revisor.[31] Não seria, então, necessário discutir com o vogal. Apesar de excetuar o HC, o fato é que essa regra vale também para ele,

30. O vogal é o desembargador que não desempenha a função nem de relator e nem de revisor.

31. O revisor existe apenas nas apelações interpostas das sentenças proferidas em processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, nos termos do art. 613, I, do CPP.

ainda que não tenha a figura do revisor. O relator decide e os demais geralmente acompanham.

Todos esperam que o desembargador se comporte de certa maneira e até mesmo que os membros externos (advogados e membros do Ministério Público) respeitem aquele ritmo. É preciso saber se portar na sessão. Erving Goffman traz conceitos preciosos para ajudar a compreender essa interação.

Segundo o autor, nos contatos face a face todas as pessoas assumem uma linha. "A linha é um padrão de atos verbais e não verbais com o qual ela expressa sua opinião sobre a situação, e através disto sua avaliação sobre os participantes, especialmente ela própria."[32] Nos diversos ambientes sociais, certas linhas são esperadas como adequadas. Assumir essas linhas trará uma boa avaliação do "eu" de qualquer pessoa. É então que vem o conceito de *face-work* ou fachada. O termo "fachada pode ser definido como o valor social positivo que uma pessoa efetivamente reivindica para si mesma através da linha que os outros pressupõem que ela assumiu durante um contato particular".[33]

Nos processos de interação as pessoas estarão quase sempre dispostas a assumir uma linha que não coloque a sua fachada em risco. A busca pela manutenção da fachada possui um efeito estabilizador das relações. Como explica Collins,

"o que Goffman chama de *face-work* na conversa inclui não insultar os outros, não chegar a desacordos, mas antes, acobertar as diferenças de opinião através de uma aprovação polida ou uso de expressões ambíguas, e evitando paradas e 'pausas embaraçosas', as quais iriam revelar falta de interesse na linha das outras pessoas".[34]

Manipulando esses conceitos, poderíamos dizer que naquelas sessões espera-se que os desembargadores assumam uma linha e ao assumir essa linha eles mantêm a sua fachada bem avaliada e intacta. Assumir a linha é assumir as regras do ritual. "Goffman mostra que o *self* depende do – diz-se até que ele é criado pelo – uso aceitável do ritual da etiqueta ordinária social."[35] O *self* não é um atributo pessoal, mas uma realidade pública e as pessoas se acomodam a essa construção. Por essa razão, manter a fachada é fundamental.

Goffman comenta acerca de mecanismos de preservação da fachada, que, em última instância, são também mecanismos de manutenção do ritual de interação

32. GOFFMAN, Erving. Op. cit., p. 13.

33. Idem, ibidem.

34. COLLINS, Randall. Erving Goffman on ritual and solidarity in social life. In: CROFTS, N.; REID, G. (org.). *The polity reader in social theory.* Cambridge: Polity Press, 1994. p. 73.

35. Idem, p. 74.

em nível normal. O primeiro deles é o da *evitação*, por meio da qual se evita um assunto particular ou situações que poriam em risco a fachada dos participantes da interação. A pessoa "emprega a discrição; ela não menciona fatos que possam implícita ou explicitamente, contradizer e constranger as afirmações positivas feitas pelas outras".[36] Ao mesmo tempo, essa discrição pode se concretizar em um processo de deixar passar certas gafes.

O autor fala ainda de outro mecanismo de manutenção da fachada, que é o processo de correção, decorrente de um "evento que é incompatível com os juízos de valor social que estão sendo mantidos"[37] e que não pode ser evitado.

Esses processos aparecem de alguma forma em toda interação. Na cerimônia que constitui uma sessão criminal também. Respeitar a etiqueta do "acompanho" é fundamental. Tanto é assim que não é incomum ver julgamentos unânimes, proferidos pelos mesmos julgadores, mas em sentido quase antagônico. Vejamos duas decisões que obedeceram a esse padrão. Em ambos os casos se tratava de um pedido de liberdade provisória por parte de um paciente acusado de crime de homicídio. O desfecho, entretanto, foi oposto:

"(...) 5. A prisão processual não é política de combate à criminalidade, nem de desestímulo à atividade delitiva. Impunidade se combate punindo o infrator com a condenação, após o devido processo legal. Descabido antecipar a punição, sem motivação concreta que demonstre a necessidade da medida. 6. Ordem concedida para ordenar a expedição de salvo-conduto em favor do Paciente, vinculado ao Proc. 0000980-21.2011.8.17.1130, se por outro motivo não estiver preso, mediante obrigação de se apresentar ao juízo e firmar compromisso de comparecer a todos os atos processuais. Unânime" (TJPE, HC 265.957-2, *DJ* 03.04.2012).

"(...) 2. Estando a decisão decretatória da prisão preventiva do paciente bem motivada no permissivo da garantia da ordem pública, dada a sua inclinação para o cometimento de crimes, não colhe a arguição de coação ilegal por falta de justa causa. Precedentes do STJ. (...) Decisão unânime" (TJPE, HC 267.244-2, *DJ* 17.04.2012).

As duas decisões partem de fundamentações antagônicas e incompatíveis entre si. A primeira concede a ordem afirmando que a prisão preventiva não é instrumento de combate à criminalidade e não pode ser manuseada para evitar que o paciente volte a delinquir. Já na segunda, a decisão mantém a prisão preventiva, alegando que o paciente possui inclinação para o cometimento de crimes e que, portanto, é

36. GOFFMAN, Erving. Op. cit., p. 24.

37. Idem, p. 26.

preciso mantê-lo preso para que ele não volte a delinquir. Acontece que ambas foram proferidas pela mesma câmara e, mais, com a mesma composição.[38] O que mudou de uma para outra foi o relator.

Esse é um exemplo típico do que se chamou de "etiqueta do acompanho". Na grande maioria das vezes é melhor acompanhar e deixar tudo como está, mesmo que os desembargadores abram mão de seus posicionamentos pessoais. Embora a unanimidade possa advir de entendimentos pacificados que a câmara desenvolve, ela é também fruto dessa etiqueta.

É sempre importante ressaltar que essa etiqueta está diretamente ligada à necessidade de se julgar com velocidade. Presenciamos uma situação curiosa em uma das sessões de julgamento. O desembargador 1, relator do caso e presidente da sessão, acabara de ler o seu voto e apenas olhou para os outros dois. O desembargador 2 assentiu com a cabeça, dando a entender que acompanhava, porém o outro não percebeu o movimento e se manteve com o olhar para baixo. O relator então seguiu: "À unanimidade de votos...". Foi então que o desembargador 3 levantou a cabeça e disse: "não espera os outros falarem não, é?". O relator respondeu: "quem cala consente". O silêncio presume que se acompanha, porque essa é a regra.

Há outra situação que ocorre com frequência no tribunal, que é a substituição de desembargadores por razão de férias, licença, impedimento ou suspeição. Nos dois primeiros casos, o substituto atua junto ao gabinete do substituído, com a equipe deste. Já nos casos de impedimento e suspeição, o desembargador substituto é convocado para a sessão criminal apenas para votar no lugar do impedido ou do suspeito.

Inicialmente, achávamos que esses agentes seriam capazes de quebrar um pouco o ritmo dos julgamentos, porque não compreenderiam bem como as coisas funcionavam nas sessões.

Porém, não era bem assim. Quando o substituto é um desembargador de outra câmara, é natural que ele já conheça o ritmo de julgamento. Mas ainda quando é um juiz, trata-se de alguém que possui experiência sobre o *métier* do tribunal e das sessões de julgamento. Jamais percebemos qualquer embaraço provocado por eles em razão de um possível desconhecimento em relação à forma como andam os trabalhos. Essa conclusão se tornou definitiva quando presenciamos a seguinte situação.

38. É possível garantir que a composição era a mesma, porque estive presente nas duas sessões, além de que ambas as decisões estão disponíveis no *site* do TJPE: [www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/doc.asp?codproc=332937] e [www.tjpe.jus.br/drh/informativo/comunicaRH/2012/imagens/293_novidades_dje.pdf]. Acesso em: 25.06.2012.

Um dos desembargadores da câmara havia sido considerado suspeito e, em razão disso, foi convocado um juiz (que atua como desembargador em outra câmara) para substituí-lo. O relator do caso leu o relatório e o voto, como de praxe, e o presidente da sessão passou a palavra ao tal substituto. Antes de proferir o seu voto, ele fez uma série de homenagens, elogiou os membros daquela câmara e falou da felicidade em poder participar daquele ato. Quando vi tudo isso, pensei: "ele jamais faria todas essas deferências para, ao final, discordar dos demais e pedir vista". De fato, sobretudo nos casos de suspeição e impedimento, os substitutos não pareciam encontrar espaço para discordar.

Barbosa Moreira comenta sobre esses convocados e indaga: "porventura o influenciará [o desembargador convocado] o temor de ficar 'mal visto' se divergir da maioria (ou de todo o resto) do colegiado?".[39] Não sabemos ao certo se o simples discordar o fará ser mal visto, mas desrespeitar reiteradamente a etiqueta das sessões, certamente.

3.2.2 A lógica da denegação: formando padrões na linha do ideal de defesa social

"O tráfico por si só já justifica a prisão preventiva."
(desembargador 10)

Uma justiça em linha de montagem proporciona respostas padronizadas aos problemas que recebe. Para tanto, é preciso formar padrões de julgamento. Tais casos serão resolvidos dessa forma e tais outros casos serão resolvidos daquela forma. É evidente que todo órgão julgador compõe a gama de seus posicionamentos pacificados, isto é, entendimentos sobre questões de direitos que representam verdadeiras colendas na doutrina e sobre o qual os julgadores tomam uma posição. Tal caso é de nulidade relativa, o prazo decadencial começa a contar da data *x*, a queixa apresentada na delegacia já supre a necessidade de representação da vítima etc. Esses entendimentos também são padrões.

Esses padrões são elementos valiosos na formação de julgamento em ritmo de linha de produção e evidentemente obedecem a uma ideologia, a um conjunto de valores e de ideias.

A percepção predominante nas câmaras criminais está alinhada a um ideal de defesa social que enxerga o processo penal como mecanismo de controle do crime. A prisão provisória é vista como medida de contenção da criminalidade.

39. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 18.

Tivemos a oportunidade, em outro momento, de explorar melhor a percepção que os julgadores têm da prisão preventiva,[40] mas, para os fins deste trabalho, algumas observações devem ser realizadas.

Certamente, um primeiro aspecto geral, que vale para todos os padrões é a tendência em denegar a ordem, afinal a denegação é a conclusão lógica do ideal de defesa social. No conflito liberdade individual *versus* segurança, a opção já foi feita e é por privilegiar esta última. A presunção de inocência balbucia.

Assim, é possível notar, sobretudo nos crimes mais sensíveis para o Tribunal como o homicídio, o tráfico de drogas, o roubo e o porte ilegal de arma de fogo, que a lógica é a denegação em massa. Não há espaço para a individualização, pois a justiça trabalha com estereótipos: "alta periculosidade", "o criminoso contumaz", "o assassino frio", "o menor indomável" e "o traficante". Ao longo das entrevistas e durante as sessões eram comum considerações assim.

"O grande inimigo da sociedade brasileira é o traficante. Quando o processo é de traficante, pra você conceder uma liberdade provisória é uma coisa difícil. É difícil mesmo por vários motivos. Primeiro porque é um crime, que salta aos olhos, é um crime grave" (desembargador 9).

"O estelionatário é o bandido da pior qualidade, porque o rapaz usa da inteligência dele" (desembargador 10).

"Essas varas estão estranguladas. É um réu só, mas são muitos processos. O infrator se beneficia do número de casos. A razoabilidade milita em favor da sociedade" (desembargador 4).

"Quando é droga, que é reincidente, não tem o que discutir" (desembargador 8).

"Mas quando você observa que aquela pessoa já vem reiteradamente cometendo delitos, né, eu acho que a prisão preventiva ela tem um papel importante" (desembargador 12).

Tanto é assim que o nível de denegação das decisões é enorme. Em análise quantitativa do padrão de decisão, verificamos que, quase sempre, as decisões são denegadas. Em alguns delitos, o percentual de não concessão da liberdade provisória ultrapassa os 95%. O quadro abaixo resume o argumento:[41]

40. VALENÇA, Manuela. A. A missão do judiciário no combate à criminalidade e as prisões preventivas na contramão do Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. vol. 7. p. 125. 2013.

41. Idem, p 137.

Tabela 2 – Natureza da decisão (denegatória ou concessiva) por bem jurídico protegido pelo tipo penal

Tipo penal/bem jurídico	Decisões concessivas (%)	Decisões denegatórias (%)	Total
Dos crimes contra a vida	9,36	90,99	577
Do furto	24,07	75,93	54
Do roubo e da extorsão	6,23	93,77	273
Do estelionato e outras fraudes	17,50	82,50	40
Da receptação	36,84	63,16	19
Dos crimes contra a liberdade sexual	17,24	82,76	29
Dos crimes sexuais contra vulneráveis	12,90	87,10	31
Dos crimes contra a paz pública	0	100	41
Dos crimes contra a fé pública	13,64	86,36	22
Dos crimes contra a administração pública	42,86	57,14	21
Lei 11.340 (Maria da Penha)	15,00	85,00	20
Lei 11.343 (Lei de drogas)	8,98	91,02	245
Lei 10.826 (Arma de fogo)	9,21	90,79	76
Outros/concursos	11,36	88,64	132
Total	10,38	89,62	1.580*

Fonte: Banco de dados próprio elaborado com informações do banco de dados da pesquisa "Descarcerização e Sistema Penal: A construção de políticas públicas de racionalização do poder punitivo".[42] Notas: Optamos, portanto, por utilizar os títulos do Código Penal, que correspondem ao bem jurídico violado. A exceção foi para os casos dos crimes contra o patrimônio. Acreditamos que a separação foi necessária, porque cada um deles aparece em grande frequência e, ao mesmo tempo, correspondem a realidades bem distintas como o roubo seguido de morte (latrocínio) e o furto.

* A soma de 1.580 é dos acórdãos em que era conhecido o tipo delitivo. Os *missings* dessa variável não estão, portanto, na tabela.

Esse é o espírito. Então, ao se anunciar o julgamento de *habeas corpus* cujo paciente seja acusado por quaisquer desses crimes, o normal é que se siga um voto

42. A pesquisa "Descarcerização e sistema penal: a construção de políticas públicas de racionalização do poder punitivo" é fruto de um convênio entre o CNJ e a Capes e coordenada nacionalmente pelo Prof. Dr. Rodrigo de Azevedo e em Pernambuco pelo Prof. Dr. José Luiz Ratton. A pesquisa possui quatro linhas, sendo uma delas sobre prisões preventivas no Brasil.

do relator pela denegação e uma adesão automática por parte dos outros julgadores. Aliás, quando não se denega, a discussão surge, porque o posicionamento foge ao padrão.

Em uma das sessões, assisti a uma rajada de *habeas corpus* sendo julgados de modo relâmpago, com base justamente em um dos padrões típicos das câmaras que é o do "menor, traficante e indomável". Em entrevista, o desembargador 8 comentara sobre os casos de adolescentes acusados de ato infracional análogo ao tráfico de drogas como aquele em que a denegação era certa.

"Nos casos crimes de menores que tenha muitas vezes reiterado a gente vê que não recupera, a própria família não tem como controlar. A justiça tem que tomar a providência. A família não cuida, ninguém cuida. O Estado tem que cuidar."

Cuidar era justamente manter a internação provisória. Na sessão o que ocorreu foi exatamente isso. Quatro *habeas corpus* em sequência foram julgados em um tempo tão exíguo que mal pudemos anotar tudo o que ocorria.

Iniciou-se quando o desembargador 7 relatava um caso que, segundo ele, era "exatamente igual ao que acabamos de julgar". O padrão era adolescente/tráfico/parecer do Ministério Público pela denegação. Foi então que o desembargador 8 pediu vênia e considerou: "Inclusive, Vossa Excelência, o que eu vou chamar é idêntico". O desembargador 7, que presidia a sessão, disse: "Então você anuncia e já profere o seu voto". Aproveitando o ensejo, o desembargador 9 completou: "O que eu vou chamar também é a mesma coisa". No quarto *habeas corpus* que ia seguindo o padrão de "a mesma coisa", o procurador de justiça interrompeu e disse que nesse último processo ele tinha votado pela concessão, pois o caso era diferente. Ainda assim, pediu-se vênia ao membro do MP e as ordens foram todas denegadas à unanimidade.

Em outro dia, durante a sessão de outra câmara eu ouvi a seguinte consideração do desembargador 4: "É aquela situação que nós já comungamos aqui de se o paciente tiver antecedente, o parecer desfavorável da procuradoria de justiça, se for reincidente, sobretudo se for do mesmo ato infracional, é pela denegação". Em seguida, o desembargador 5 considerou: "Eu tenho um HC igual a esse. A situação é exatamente a mesma: tráfico, reincidente em ato infracional e parecer desfavorável da procuradoria".

Ao final dessa série de julgamentos para "os casos idênticos", passamos a pensar que esse tratamento padronizado se inicia desde a petição que é interposta junto ao Tribunal, pois todos eles eram da Defensoria Pública. A padronização enceta-se no momento em que as peças são escolhidas. O mecanismo é natural. O caso é ligado a algum modelo de peça e é enviado à justiça. Chegando lá é possível identificar, até mesmo pela familiaridade com o modelo, que é o caso tal para o qual a resposta é

essa. Se não houver uma interposição pessoal, que explique o evento melhor, que, enfim, individualize-o, a regra será dar a resposta padrão.

3.2.3 *A lógica da unanimidade: elementos incidentais da justiça em linha de montagem*

"Vamos votar simplificadamente."
(desembargador 1)

Além da lógica da confiança, que se realiza em uma etiqueta de acompanhar e da existência de padrões de denegação para a maioria dos casos apresentados ao Tribunal, há outros elementos que podem limitar as discussões e provocar unanimidades não debatidas.

Barbosa Moreira, em trabalho publicado há alguns anos, falava-nos de elementos extrajurídicos que compunham um órgão colegiado. Para a surpresa do leitor, ele não estava a tratar de relações pessoais dos desembargadores entre si ou com advogados ou ainda com sujeitos exteriores ao mundo jurídico. Não falava de corrupção ou condução pouco proba da atividade judiciária. Moreira nos falava de elementos quase sempre anônimos, mas que poderiam exercer enorme influência sobre os julgamentos: a iluminação das salas, o tamanho delas, a disposição dos assentos, a distância entre os julgadores e entre estes e os advogados, o horário e até mesmo o dia das sessões, as necessidades fisiológicas dos julgadores e outras questões tão naturais que soam inofensivas.

É evidente que, se a lógica geral é acompanhar o relator, não é preciso prestar imensa atenção às razões de fato e de direito aduzidas por ele ao longo do voto. É preferível confiar. É por essa razão que, por vezes, ao longo das leituras, os *vogais* continuam com as suas atividades de rotina (atender ao telefone, dar continuidade ao exame de alguma papelada ou processo etc.). Porém, isso não acontece sempre. É possível identificar alguns desembargadores que depositam enorme atenção à leitura do relatório e do voto pelo relator e apenas esporadicamente são levados a perderem essa atenção e a acompanhar automaticamente. Acidentalmente, esses fatores apontados por Moreira podem ser significativos na formação da *síndrome* da unanimidade, porque podem prejudicar o debate.

Chamamos esses elementos de incidentais porque eles não aparecem em todos os casos. São, de fato, episódicos, embora não pouco relevantes. Dedicar-nos-emos aqui a apresentar alguns deles, observados ao longo da pesquisa de campo.

Seguindo a esquematização de Moreira, comentaremos os fatores de ordem de lugar, de tempo e de modo de julgamento.

Em termos de lugar, podemos destacar que a sala onde ocorrem as sessões é bastante ampla, refrigerada, com cadeiras aparentemente muito confortáveis para

os desembargadores e com aparelho de som que permite que os julgadores, o advogado e o membro do MP possam ser ouvidos com clareza. Há, digamos assim, condições físicas para o debate.

Ao mesmo tempo, os votantes não ficam sentados lado a lado, o que poderia provocar conversas paralelas que tirariam a atenção deles. Para Moreira, todos esses fatores podem influenciar na forma como a votação é conduzida. Apenas um deles me pareceu presente no universo investigado. O conforto das cadeiras onde os desembargadores se sentam pode relaxá-los a tal ponto que, se somado a outros fatores, provoque sono neles. Por óbvio, não se espera cadeiras desconfortáveis. Porém, sentir-se muito à vontade pode facilitar o sono, sobretudo nos horários mais críticos do dia.

Adentramos, então, o conjunto dos segundos fatores elencados por Moreira, que são os relacionados ao tempo. O dia, o horário, a quantidade de tempo e de processos em pauta, o número de advogados que desejam fazer sustentação oral, dentre outros, são fatores que podem exigir que as sessões ganhem um ritmo mais ou menos acelerado e que ajudam ou atrapalham nos debates.

O primeiro e mais evidentes deles é o horário. Nas sessões que ocorrem à tarde, após o almoço, o sono é um personagem que pode se tornar importante. Durante a etnografia, pudemos flagrar alguns cochilos breves, aquilo que o senso comum chama de "pescar". Em uma das ocasiões, inclusive, um advogado fazia sustentação oral e sentiu necessidade de chamar nominalmente o desembargador que caiu na tentação da *siesta*. Porém, situações como essa não foram frequentes.[43]

No que tange ao tempo, o elemento sem dúvidas mais importante na linha de montagem foi a grande quantidade de processos em pauta e a presença de muitos advogados para fazerem sustentação oral. Os desembargadores sabem que em quaisquer dos dois casos, a sessão pode durar muitas horas e, portanto, podem preferir suprimir alguns debates para que haja tempo de julgar tudo o que se previra para o dia.

Presenciamos uma sessão em que um dos desembargadores já estava cerca de meia hora atrasado e o presidente lamentava, afirmando que justamente naquele dia tinham "não sei quantos advogados para fazerem sustentação oral" (desembargador 1). A sua preocupação era relevante. Para se ter uma ideia, neste dia, um dos *habeas corpus* durou cerca de quarenta minutos para ser apreciado e nem chegou a ser julgado, porque o desembargador 2 pediu vista. Isso faz desandar completa-

43. Barbosa Moreira comenta sobre alguns casos na *Cour de cassation* francesa e na *Reichsgericht* alemã em que os julgamentos foram impugnados por terem os julgadores dormido ao longo das discussões. BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Op. cit., p. 11.

mente o ritmo de linha de produção e, em consequência, interfere na obtenção da meta de eficiência.

Em outra ocasião, o presidente da sessão iniciou os trabalhos com uma advertência: "vamos votar simplificadamente". De fato, foi a sessão mais acelerada que pudemos presenciar: treze HCs em 37 minutos. Não pude entender ao certo a razão da pressa, mas não tenho dúvidas de que se ligava ao problema da pauta ou quiçá ao horário de finalização da sessão. Como destaca:

"Ocioso frisar a influência que essas vicissitudes são capazes de exercer sobre o teor dos julgamentos. Acelerar o ritmo dos trabalhos, na ânsia de conciliar o horário com o esgotamento da pauta, significará por vezes levar os juízes a pronunciar-se de maneira irrefletida, em prejuízo da valoração das teses e argumentos em causa".[44]

Por fim, ainda outro episódio demonstrou o quanto o tempo pode ser relevante para a existência de debates. Em outra sessão (diga-se de passagem que todas essas três sessões são da mesma câmara), um dos desembargadores (o desembargador 3) informou que naquele dia teria um evento em homenagem ao Procurador-Geral de Justiça e insinuou que a sua participação seria importante. Ele deixou claro que tinha pressa para acabar a sessão. Foi então que um fato curioso aconteceu, não sabemos se por coincidência ou porque o desembargador tinha mesmo a prioridade de concluir a sessão a tempo de participar do tal evento.

O desembargador 1 era relator de um processo e ao acabar de ler o relatório foi surpreendido com um "acompanho" do desembargador 3. O desembargador 1 lê a ementa do acórdão e comenta: "ele está com pressa, está com pressa". A situação provocou risos em todos que acompanhavam a sessão.

Barbosa Moreira fala, ainda, dos elementos relacionados ao modo de julgamento. Se ele é público ou secreto, se a parte interessada está presente na sala de votação ou não, dentre outros fatores.

O ponto mais importante a se ressaltar é a respeito do terceiro voto em um órgão colegiado formado por três julgadores, como é o caso das câmaras criminais. Bem, se os dois primeiros votos proferidos são no mesmo sentido, é inútil divergir quando você é o terceiro votante. Isso possui influência direta sobre a produção de decisões unânimes.

Outro dado relevante diz respeito à personalidade do presidente da câmara.[45] Muitas vezes eles são mais capazes de influenciar na votação dos processos, simplesmente por serem pessoas mais participativas e firmes em seus posicionamen-

44. Idem, p. 15.

45. Idem, p. 20.

tos. Quando vislumbram que a discussão tomará um rumo com o qual não concordam, interferem e conduzem as discussões. Essa situação ficou visível em uma das câmaras, em que o presidente (desembargador 7) possuía essas características.

Destaque-se ainda que a presença do advogado na sala de votação gera certo dever de não apenas votar fundamentadamente, como também de acompanhar com atenção as discussões. Às vezes eles apelam para a presença dos familiares dos pacientes, mas não nos pareceu que isso influa de alguma maneira na postura dos desembargadores.

Por fim, ressaltemos a importância que outros acontecimentos fortuitos podem ter na formação de um padrão de unanimidade: atender ao celular, conversar com outras pessoas ao longe da leitura do voto, pensar em outra coisa, dar atenção a algum fato que ocorre no público (um choro, uma fala de revolta, um gesto de reprovação), enfim, todos esses pequenos atos do cotidiano que retiram a atenção de qualquer pessoa.

4. CONCLUSÕES

Uma justiça organizada com base em preceitos burocráticos não consegue realizar todas as dimensões que a burocracia impõe (formalidade, profissionalização, hierarquia, impessoalidade, documentação e centralização) e, por vezes, admite que certas dimensões, como a formalidade ofusquem o que verdadeiramente se passa. Por trás de um ritual milimetricamente seguido pode estar uma justiça que funciona em ritmo de linha de produção e um réu que é invisível.

Entre o teoricamente programado pela norma e as atividades empreendidas pelos agentes de um Tribunal existe um enorme hiato, em que os improvisos ganham espaço. A interação entre os membros dessa organização e entre estes e as instituições formais que a regulam são criadores de realidades sociais. O resultado é o surgimento de instituições informais que também acompanham e conformam a atividade de ambientes organizacionais, como é o caso de um Tribunal.

No caso da justiça brasileira, essas formulações explicam em parte como se compatibilizam metas burocráticas de eficiência com a exigência de obediência aos princípios constitucionais e legais. A eficiência é por vezes alcançada adotando-se esses princípios guiadores apenas cerimonialmente, sem que eles tenham, de fato, orientado os julgadores. Em determinadas circunstâncias eles existem apenas para legitimar a decisão, como é o caso do devido processo legal, do princípio colegiado, dentre tantos outros.

A justiça em linha de montagem foi identificada aqui nos julgamentos dos *habeas corpus* liberatórios. O julgamento desses *writs* ocorre com base na padronização

dos casos apresentados, os quais perdem suas peculiaridades e são "encaixados" em respostas pré-formuladas.

A formação desses padrões obedece a uma ideologia que, de um modo geral, é partilhada pelos membros das câmaras, a da defesa social. O processo penal é compreendido como um instrumento de combate à criminalidade, mais do que como mecanismo de defesa do cidadão perante o Estado Penal. Dessa maneira, a linha de produção observada possui algumas características, sendo uma delas a tendência em denegar a ordem de *habeas corpus*. Há também uma lógica de confidência partilhada entre os membros da câmara, afinal os processos de HC não passam pela mão de todos, possuindo o relator o relevante papel de apresentar o caso aos demais julgadores.

A lógica da confidência é o elemento relacional da linha de montagem e é tão fundamental que se transforma em uma verdadeira etiqueta. Como em todo lugar onde as pessoas se reúnem, há ainda os elementos de ordem incidental que podem prejudicar os debates e gerar unanimidades não refletidas. Atender o celular, manter conversas paralelas, perder a atenção, dentre tantas outras ocorrências, são exemplos de situações que fazem qualquer pessoa fugir um pouco do que se está sendo discutido.

Enfim, estabelece-se um padrão de julgamento em linha de montagem em que não há, praticamente, lugar para individualizações e análises caso a caso. Algumas exceções foram observadas, que, pelas limitações desse trabalho, não puderam ser exploradas. A regra, entretanto, é denegar a liberdade em massa.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

AZEVEDO, Rodrigo G. de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. *Sociologias*. ano 7. n. 13. p. 212-241. jan.-jun. 2005.

_____. Sistema penal e violência de gênero: análise sociojurídica da Lei 11.340/06. *Sociedade e Estado*. vol. 23. n. 1. p. 113-135. Brasília: UnB, jan.-abr. 2008.

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*. ano 6. vol. 6. n. 2. p. 44-61. abr.-maio-jun. 1993.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. *Revista de Processo*. ano 19. vol. 75. p. 7-25. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1994.

BLUMBERG, Abraham S. The practice of law as confidence game: organizational cooptation of a profession. *Law & Society Review*. vol. 1. n. 2. p. 15-39. Danvers: Wiley-Blackwell, jun. 1967.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Relatórios Estatísticos. 2011 e 2012. Disponíveis em: [www.tjpe.jus.br/poder-judiciario/sobre?p_p_auth=JCe3gSW6&p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=84915&_101_type=content&_101_groupId=83416&_101_urlTitle=numeros-do-judiciario-2012&redirect=http%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Fpoder-judiciario%2Fsobre%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3Destat%25C3%25ADsticas%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252Fpoder-judiciario%252Fsobre%26_3_y%3D0%26_3_x%3D0]. Acesso em: 12.04.2014.

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

CLEGG, Stewart R. Max Weber and the contemporary sociology of organizations. In: RAY, Larry J.; REED, Michael (org.). *Organizing modernity: new Weberian perspectives on work, organization and society.* London: Rotledge, 1994.

COLLINS, Randall. Erving Goffman on ritual and solidarity in social life. In: CROFTS, N.; REID, G. (org). *The polity reader in social theory.* Cambridge: Polity Press, 1994. p. 71-78.

_____. *Quatro tradições sociológicas.* Petrópolis: Vozes, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2009: indicadores do Poder Judiciário – Justiça Estadual. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/pesquisas_judiciarias/jn2009/rel_justica_estadual.pdf] Acesso em: 12.06.2012.

DA MATTA, Roberto. O ofício do etnólogo ou como ter *anthropological blues*. In: NUNES, Edson de O. (org.). *A aventura sociológica: objetividade, paixão, improviso e método na pesquisa social.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1978.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIAS, Jorge de F.; ANDRADE, Manuel da C. *Criminologia: do homem delinquente à sociedade criminógena.* Coimbra: Coimbra Ed., 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* São Paulo: Ed. RT, 2002.

FRIEDBERG, Erhard. Organização. In: BOUDON, Raymond (org.). *Tratado de sociologia.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995.

FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

GOFFMAN, Erving. [1967]. *Ritual de interação: ensaios sobre o comportamento face a face.* Petrópolis: Vozes, 2011.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline B. de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão.* Rio de Janeiro: Luam, 1993.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história.* São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KALBERG, Stephen. *Max Weber: uma introdução*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010.

MAGNANI, José Guilherme C. De perto e de longe: notas para uma etnografia urbana. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. vol. 15. n. 49. p. 11-30. jun. 2002.

MALINOWSKI, Bronislaw K. *Os argonautas do pacífico ocidental: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné melanésia*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Coleção Os Pensadores).

MEYER, John. W.; ROWAN, Brian. Institutionalized organizations: formal structure as myth and ceremony. *American Journal of sociology*. vol. 83. n. 2. p. 340-363. Chicago: University of Chicago Press, set. 1977.

PALLAMOLLA, Raffaella; ASCHUTI, Daniel. Justiça criminal e justiça restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista. *Sistema Penal & Violência*. vol. 6. n. 1. p. 75-87. Porto Alegre, jan.-jun. 2014.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. *Revista Forense*. vol. 342. p. 161-168. Rio de Janeiro: Forense, abr.-maio-jun. 1998.

PINHO, Ana Cláudia. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2013.

RITZER, G. *Teoría sociológica classica*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993.

ROSE, Gillian. *Visual methodologies: an introduction to the interpretation of visual materials*. London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage, 2002.

SAPORI, Luís Flávio. A administração da justiça numa área metropolitana. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. n. 29. p. 143-158. São Paulo: ANPOCS, out. 1995.

_____. A justiça criminal brasileira como um sistema frouxamente articulado. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.

VALENÇA, Manuela A. A missão do judiciário no combate à criminalidade e as prisões preventivas na contramão do Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. vol. 7. p. 125-147. 2013.

VELHO, Gilberto. Observando o familiar. In: NUNES, Edson de O. (org.). *A aventura sociológica: objetividade, paixão, improviso e método na pesquisa social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1978.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. [1922]. México: Fondo de Cultura Economica, 1996.

_____. *Ensaios de sociologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.,1963.

_____. *Essais sur la théorie de la science*. Premier essai (1904). Paris: Librairie Plon, 1965a.

_____. *Essais sur la théorie de la science*. Troisième essai (1913). Paris: Librairie Plon, 1965b.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. vol. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Celeridade do processo, indisponibilidade da liberdade no processo penal e prescrição retroativa, de Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfirio – *RBCCrim* 45/115-133 (DTR\2003\487);
- *Habeas corpus* e política penitenciária – As relações entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo na falta de vagas no regime semiaberto, de Renata Gomes da Silva – *RBCCrim* 94/239-273 (DTR\2012\14);
- *Habeas corpus* em segunda instância, de Felipe Amodeo, Rogério Marcolini e Rafael Tucherman – *RBCCrim* 42/155-191 (DTR\2013\7509); e
- Por uma mudança no tempo do judiciário: percepções sobre seleção, formação e carreira de magistrados da Justiça comum do Estado de São Paulo, de Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer – *RBCCrim* 24/257-268 (DTR\1998\416).

VALENÇA, Manuela Abath. Julgando a liberdade em linha de montagem: uma observação etnográfica dos julgamentos dos *habeas corpus* nas sessões das Câmaras Criminais do TJPE. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 207-238. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

82024

DIREITOS NO PROCESSO PENAL: UM ESTUDO DE CASO SOBRE CONVERGÊNCIA E DIREITOS DE *DISCLOSURE*

RIGHTS IN CRIMINAL PROCEDURE: A CASE STUDY ABOUT CONVERGENCE AND RIGHTS TO DISCLOSURE

MÁXIMO LANGER
Professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal da *UCLA School of Law.*
langer@law.ucla.edu

KENT ROACH
Professor de Direito e Políticas Públicas da *University of Toronto Faculty of Law.*

Tradução por ROGÉRIO FERNANDO TAFFARELLO
Doutorando e Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal; Constitucional

RESUMO: Este trabalho, originalmente elaborado para um volume sobre direito constitucional comparado, analisa a assertiva de que as jurisdições de *common law* e *civil law* encontram-se em convergência no âmbito do processo criminal na medida em que muitos ordenamentos de *civil law* têm se movido na direção da adoção do sistema adversarial por meio da adoção de um maior número de direitos processuais. Com especial foco sobre o direito à revelação (*right to disclosure*), o texto sustenta que o espraiamento de direitos não é um mero movimento de convergência, mas, sobretudo, um processo mais complexo que adquire convergência ao

ABSTRACT: This paper was originally prepared for a volume on comparative constitutional law. It analyzes the statement that common law and civil law jurisdictions converge in the scope of criminal procedure, as many civil law procedures move towards the adoption of the adversarial system by using a greater number of procedural rights. With special focus on the right to disclosure, this paper argues that the spreading of rights is not merely a movement of convergence, but rather a more complex process that converges while simultaneously maintaining pre-existing differences between common law and civil law

1. Nota do tradutor: texto originalmente publicado em: TUSHNET, Mark; FLEINER, Thomas; SAUNDERS, Cheryl (ed.). *The Routledge Handbook of Constitutional Law*. London, New York: Routledge, 2013. p. 273-283. O tradutor agradece aos Profs. Diogo Malan e Gustavo Badaró, profundos estudiosos do processo penal comparado, pelas contribuições preciosas que ambos emprestaram ao sempre penoso trabalho de tradução, bem como ao Prof. Máximo Langer, por sua cuidadosa revisão.

LANGER, Máximo; ROACH, Máximo. Direitos no processo penal: um estudo de caso sobre convergência e direitos de *disclosure*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 239-257. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

passo que, simultaneamente, mantém divergências preexistentes entre os sistemas de *common law* e *civil law* e cria outras novas. O texto também analisa a aplicação da lei à luz de considerações de segurança nacional como uma adicional força global de convergência que tem estabelecido limites sobre os direitos constitucionais de *disclosure* e que evidencia que eles têm atuado em alguma medida diferentemente nos sistemas de *civil* e de *common law*. Finalmente, o texto avança para além da tradicional abordagem *common-civil-law* de análise comparada do processo penal, passando a uma breve comparação entre as regulações estadunidense, britânica e canadense do direito à revelação. As diferenças entre os três ordenamentos neste particular ponto não podem ser explicadas em sob o ângulo das tradições legais respectivas, mas podem depender das contingências dos momentos em que cada um deles consagrou direitos constitucionais de *disclosure* assim como os positivou legalmente. A afirmação de direitos em âmbito processual penal é complexa; embora alguns padrões genéricos de convergência se manifestem, aqueles são em grande medida influenciados por tradições legais e institucionais e por preocupações de momento.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal - Direito à revelação (*disclosure*) - Direito de acesso a documentos - Tese da convergência - Sistemas adversarial e inquisitorial - *Civil law* - *Common law*.

systems and creating new ones. It also analyzes the application of the law in the light of national security considerations as an additional force of convergence that has set limits on the constitutional rights of disclosure and which shows that they have acted somehow differently in the civil and common law systems. Finally, the text goes beyond the traditional common-civil-law approach of comparative analysis of criminal procedure, through a brief comparison between the American, British and Canadian right to disclosure. It is not possible to explain the differences between the three jurisdictions from the perspective of the respective legal traditions. That may depend, however, on the contingencies of the times when they legally consecrated constitutional rights to disclosure. The statement of rights in the criminal procedural framework is complex; although there are some generic standards of convergence, the first are largely influenced by legal and institutional traditions and time concerns.

KEYWORDS: Criminal process - Right to disclosure - Right to access documents - Convergence thesis - Adversarial and inquisitorial systems - Civil law - Common law.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A dicotomia entre *civil* e *common law* e os direitos no processo penal - 3. O direito a conhecer os resultados das investigações conduzidas por autoridades públicas - 4. A aplicação da lei repressiva, preocupações de segurança nacional e o direito de conhecer os resultados da investigação - 5. Análise comparada das disposições dos Estados Unidos, Reino Unido e Canadá - 6. Conclusões - 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A questão dos direitos de índole processual penal pode ser abordada desde muitos ângulos. Sistemas jurídicos variam nos direitos que concedem, e se os concedem, não apenas para investigados ou acusados como também a vítimas de crimes, organizações não governamentais, órgãos oficiais de acusação, testemunhas, cidadãos, veículos de comunicação social e público em geral. Sistemas jurídicos também variam no que toca ao *status* normativo que conferem a direitos processuais

– constitucional, convencional, legal, consuetudinário ou regulamentar; no que toca à natureza e estrutura desses direitos; e no que toca a como eles são aplicados concretamente. Um dos temas da literatura processual penal comparada na contemporaneidade tem sido o fato de que a disseminação dos direitos dos acusados em todo o mundo tem acelerado a aproximação entre sistemas e jurisdições de *common law* e *civil law*. De acordo com esta postulação, o hiato entre ambos tem se fechado porquanto muitas jurisdições de *civil law* tem avançado do sistema inquisitorial rumo ao adversarial por meio de uma maior consagração de direitos (ver, e.g., BRADLEY, XXI e XXIV).

O presente ensaio analisa essa afirmada convergência com foco no direito constitucional à revelação (*disclosure*) ou à obtenção de acesso a elementos de prova coletados por agentes e órgãos públicos. Este direito pode não ser o mais representativo ou importante, mas ilustra algumas das complexidades e sutilezas existentes em torno da tese da convergência e do debate acerca de direitos na processualística penal comparada. Jurisdições de *civil* e de *common law* têm adotado esse direito como um conceito abstrato; contudo, suas preexistentes configurações institucionais e concepções do processo criminal as têm levado a definir, a debater e a regulá-lo sob formas variáveis. A disseminação de direitos não é um simples movimento de convergência, mas um processo mais complexo que logra obter convergência enquanto simultaneamente mantém algumas divergências existentes e cria outras novas entre os sistemas de *common law* e *civil law*.

Direitos constitucionais raramente são absolutos. Este texto também analisará a aplicação da lei à luz de considerações de segurança nacional como uma adicional força convergente que tem estabelecido limites tanto explícitos quanto implícitos sobre os direitos constitucionais de *disclosure*, especialmente em casos de crime organizado e terrorismo. Porém, aqui uma vez mais, essas pressões por maior repressão e demandas de segurança nacional têm incidido de maneiras diferentes nos sistemas jurídicos de *civil* e de *common law*.

Finalmente, o texto pretende ir além do tradicional foco *common-civil law* de análise comparada processual penal ao realizar uma breve comparação entre as regulações do direito de *disclosure* nos Estados Unidos, Canadá e Reino Unido. As diferenças entre tais regulações não podem ser explicadas em termos de tradições jurídicas; ao revés, podem depender de questões contingenciais acerca de quando essas jurisdições originalmente reconheceram direitos constitucionais de *disclosure* assim como empreenderam respostas legislativas à questão, incluindo a positivação legal de direitos concorrentes em favor de vítimas ou de outros interesses.

Outras jurisdições podem ser influenciadas por esses e outros fatores contingentes. O reconhecimento de direitos no âmbito processual penal é questão complexa. Conquanto alguns padrões genéricos de convergência se manifestem, aqueles são

LANGER, Máximo; ROACH, Máximo. Direitos no processo penal: um estudo de caso sobre convergência e direitos de *disclosure*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 239-257. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

em grande medida influenciados por tradições legais e institucionais e por preocupações de momento.

2. A DICOTOMIA ENTRE *CIVIL* E *COMMON LAW* E OS DIREITOS NO PROCESSO PENAL

As diferenças entre o processo criminal nos sistemas de *common law* e *civil law* – por vezes também referidos como sistemas anglo-americano e continental, ou, sob um viés mais abstrato, como sistemas adversarial e inquisitorial – têm estado no centro das atenções da processualística penal comparada há mais de duzentos anos.

Uma forma de conceituar as diferenças entre o processo penal de *common* e *civil law* é concentrando-se em duas características contrastantes. Primeiramente, na tradição de *common law* o processo penal é concebido como uma disputa entre duas partes – acusação e defesa – perante um julgador passivo, enquanto que nas jurisdições de *civil law* o processo penal é concebido como uma investigação unitária presidida por agentes oficiais imparciais (ver, e.g., LANGER, 2004). Segundo, leigos em relação horizontal uns com os outros (*e.g.*, na forma do júri) historicamente têm sido os agentes decisores cruciais nos países de *common law*, ao passo que especialistas legais que são membros de burocracias públicas hierarquicamente organizadas têm dominado os papéis decisórios judiciais nos países de *civil law* (DAMAŠKA, 1986).

Essas características contrastantes são relativas, e não absolutas. Elas podem ser consideradas modelos ideais a que nenhum sistema efetivamente alcança correspondência (PACKER; ROACH, 2003). Todavia, mesmo como modelos ideais, elas são refletidas nas concretas experiências dos sistemas de Justiça Criminal e têm sido, em certa extensão, internalizada por instituições e indivíduos nas jurisdições de *common* e de *civil law* (LANGER, 2004).

O conceito de direitos tem desempenhado um papel importante na literatura acadêmica e no debate político. De acordo com alguns estudiosos, os diferentes tratamentos dedicados aos direitos de acusados era uma das diferenças cruciais existentes no processo penal entre os sistemas de *common law* e de *civil law* desde o século XIII até o século XIX, na medida em que as jurisdições de *common law* concebiam os acusados como sujeitos de direitos, ao passo que as de *civil law* os concebiam como objetos das investigações (ver, e.g., MAIER). Essa compreensão seria também refletida nas diferentes abordagens para remédios como exemplifica o icônico *status* do *habeas corpus* nos sistemas de *common law*, com seu foco na liberdade do indivíduo. Possíveis razões para o tardio desenvolvimento de direitos processuais nas jurisdições de *civil law* incluiriam uma concepção mais autoritária do Estado e da administração da Justiça Criminal na Europa continental em relação ao que se via na Inglaterra; a maior importância que códigos e legisladores desem-

penharam em relação a juízes no regramento do processo em países de *civil law*; e o especial foco sobre o direito penal material em detrimento do direito processual penal nestas mesmas jurisdições. Seja qual for a sua acurácia histórica, essa caracterização não mais descreve os dois sistemas, como se pode depreender das constituições nacionais, de documentos regionais e internacionais de direitos humanos, de códigos e leis, de decisões judiciais e de práticas institucionais concretas (BRADLEY; TRECHSEL).

Também tem havido um debate na processualística penal comparada sobre se os países de *common law* ou os de *civil law* seriam mais respeitadores dos direitos de acusados. Um grupo tem afirmado que as jurisdições de *civil law* enfatizam precisão em detrimento da justeza, são menos protetivos dos direitos dos acusados em investigações policiais, tendem a admitir prisões pré-processuais por longos períodos ou estabelecer direitos processuais mais frágeis em juízo (ver, e.g., DAMAŠKA, 1973; HODGSON; MAFFEI; VOGLER). Outros estudos têm desafiado ao menos algumas destas caracterizações e afirmado que jurisdições de *civil law* têm outros mecanismos institucionais que diferem dos direitos de verificação e delimitação dos poderes persecutórios e judiciais (*rights to check prosecutors' and judges' power*) ou têm apontado que na prática países de *civil law* podem ser mais respeitosos dos direitos dos acusados porquanto não se apoiam no uso generalizado de admissões de culpa (*guilty pleas*) e de acordos de aplicação consensual de pena (*plea bargaining*), e impõem sentenças mais brandas (LANGBEIN, 1979; LANGER, 2006; ROACH, 2010b; ROSS, 2008; VAN KESSEL).

Uma terceira linha de investigação tem buscado explicar por que certos direitos têm sido definidos ou debatidos de maneiras diferentes nas jurisdições de *common* e de *civil law*, face às diferenças preexistentes entre elas. Por exemplo, tem-se alegado que haveria duas diferentes concepções do direito à privacidade vigentes nos Estados Unidos e na Europa continental, respectivamente apoiadas nas ideias de liberdade e de dignidade, sendo que cada uma destas concepções teria profundas raízes históricas (WHITMAN, 2004).

3. O DIREITO A CONHECER OS RESULTADOS DAS INVESTIGAÇÕES CONDUZIDAS POR AUTORIDADES PÚBLICAS

Tanto nas jurisdições de *common law* quanto naquelas de *civil law*, o direito à revelação não tem sido explicitamente incluído em constituições e cartas de direitos humanos. Em vez disso, tribunais e legisladores têm asseverado que esse direito constitui parte do conceito mais amplo de direitos explicitamente consagrados naqueles documentos fundamentais, a exemplo do devido processo legal (nos EUA, ver *Brady v. Maryland*); do direito à resposta plena e à ampla defesa que integra o direito de não ser privado da liberdade salvo se em consonância com os princípios

LANGER, Máximo; ROACH, Máximo. Direitos no processo penal: um estudo de caso sobre convergência e direitos de *disclosure*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 239-257. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

fundamentais de justiça (no Canadá, ver caso *Stinchcombe*); do direito aos meios adequados para a preparação e exercício da defesa (no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ver e.g., *Jasper v. United Kingdom*); do direito de (pública e justa) audiência (no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *Edwards and Lewis v. United Kingdom*; também o art. 103.1 da Lei Fundamental Alemã); e dos direitos próprios da defesa (ver, e.g., com referência à França, PRADEL, 2004, § 504). Um dos principais fundamentos para a inclusão daquele direito no rol de direitos fundamentais reside em seu caráter de ferramenta crucial para o acusado ver-se apto a preparar uma defesa efetiva e a exercer outros direitos. O direito ao *disclosure* oferece um exemplo adicional de direitos implícitos como produto da interpretação de normas básicas e gerais. A criação judicial e legislativa desse direito ressalta a sua natureza dinâmica e a possibilidade de contração de direitos e de afirmação de direitos novos e de direitos concorrentes (DEVINS; FISHER).

Tendo em vista que tanto as jurisdições de *civil law* quanto as de *common law* têm albergado o direito à revelação como direito fundamental, tem sucedido uma correspondente convergência entre os dois sistemas jurídicos em relevante medida. Mas a maneira como este conceito abstrato tem sido adotado tem reproduzido diferenças preexistentes entre eles, e criado outras novas.

Expressões diferentes têm sido utilizadas para referir-se aos direitos de *disclosure*, as quais lhes refletem diferentes concepções. Ao passo que em sistemas de *civil law* o direito à revelação tem sido definido como o de acessar autos (conforme se depreende de expressões como o *droit de consulter le dossier* em francês, *Akteneinsichtsrecht* em alemão, ou o *derecho a examinar el expediente* em espanhol), nos de *common law* o tem sido como o direito à revelação ou à descoberta de uma lista indeterminada de itens, ordinariamente mantidos sob posse do Ministério Público mas ocasionalmente também de órgãos policiais ou de outras agências oficiais.

A referência a autos nas formulações da *civil law* não é mera coincidência ante o papel central que documentos ali reunidos desempenha na administração da Justiça concebida como uma burocracia weberiana dirigida por agentes da lei imparciais. Em tal concepção, autoridades investigativas devem documentar toda a sua atividade procedimental – incluindo a coleta de elementos de prova. E mesmo se muitos países de *civil law* têm estabelecido julgamentos públicos e orais, os autos escritos conservam um peso importante nas decisões. De um lado, certos elementos de prova produzidos nos autos escritos durante o período policial e fases anteriores ao julgamento – incluindo declarações e testemunhos – podem ser tratados como provas em muitas jurisdições de *civil law* (MAFFEI; SUMMERS). De outro, os autos escritos são lidos ao menos por um dos membros das cortes de julgamento antes de este próprio iniciar-se – circunstância que pode criar pré-concepções em torno do caso – e são usados pelas cortes para decidir qual prova deva ser apresen-

tada no julgamento e em que ordem, bem como para ouvir e formular indagações a testemunhas e peritos durante o julgamento.

Contrariamente, nas jurisdições de *common law* o direito à revelação não se referencia a qualquer *locus* privilegiado. Nelas, a centralidade histórica do julgamento pelo júri como o momento decisório do processo criminal reduziu a importância das fases pré-processuais e contribuiu para mantê-las relativamente informais e flexíveis. Como consequência, polícias e Ministério Público não precisam documentar todas as suas atividades processuais, o que significa que mesmo um órgão de persecução que mantenha uma política de arquivos abertos para a defesa pode não cumprir integralmente os seus deveres de *disclosure* na medida em que possa haver informações e elementos de prova identificados na investigação pelas autoridades, mas que não hajam sido incluídos nos autos relacionados. Isso também significa que os elementos que o órgão de persecução deve revelar à defesa compreendem mais do que documentos certificados e provas reais, a exemplo de anotações informais feitas pela polícia ou o nome de potenciais testemunhas. Isso implica, outrossim, que o órgão de persecução tenha que fazer mais do que simplesmente dar acesso a algo que já esteja acostado aos autos, e, ademais, que deva identificar ativamente quais elementos relacionados à investigação encaixam-se nos critérios do *disclosure*. A natureza descentralizada do *disclosure* adversarial pode ainda refletir a ideia de um Estado descentralizado e aquela do processo como um meio de resolução de conflitos que é similar ao utilizado para resolver questões cíveis entre agentes privados na *common law*. O sistema adversarial encoraja as partes concorrentes a buscar a prova irrefutável (*smoking gun*) que mesmo o governo pode advertida ou inadvertidamente esconder; ao revés, o sistema de *civil law* confia nos autos e naqueles que o compilam (DAMAŠKA, 1986; KAGAN).

Diferenças entre os sistemas de *civil* e *common law* podem igualmente ajudar a explicar a história do direito à revelação em cada qual destas tradições jurídicas. Dada a centralidade e o peso que os autos escritos possuem na *civil law*, não surpreende que esse direito tem ali uma história mais longa – seria quase impossível à defesa atuar efetivamente no processo criminal sem ter conhecimento do que ali se contém. Por exemplo, mesmo no auge dos procedimentos inquisitoriais na Europa continental, certas autoridades legais impunham que o juiz facultasse o acesso às evidências incriminadoras ou aos autos após a colhida do material incriminador (DAMAŠKA, 2011). Dispunha o influente *Code d'Instruction Criminelle* napoleônico (1808) que advogados de defesa poderiam obter cópias dos trechos dos autos que eles considerassem úteis à defesa previamente à fase judicial perante as *Cours D'Assises* (art. 305). E a também francesa *Loi Constant* (1897) dispôs que o defensor poderia acessar os autos durante a fase preliminar para assistir ao investigado já durante o seu interrogatório pré-processual (ver, e.g., PRADEL, 2004, § 401). Na Alemanha, a versão original de 1877 do Código de Processo Penal já autorizou que

o defensor acessasse os autos escritos após a conclusão da investigação preliminar ou após a formalização da acusação; e na reforma de 1964 do código o direito de acesso aos autos foi estabelecido como um princípio geral (LÜDERSSEN; JAHN, 995).

De outra parte, o ordenamento federal estadunidense positivou tal direito somente em 1946, com a promulgação das *Federal Rules of Criminal Procedure* (ver, e.g., MILLER et al, 753), e a Suprema Corte reconheceu-lhe *status* constitucional aplicável aos estados em *Brady v. Maryland*, em 1963. No Canadá, a Suprema Corte decidiu que o direito à revelação tinha *status* constitucional somente em 1991, no caso *Stinchcombe*. Na Inglaterra, obrigações de *disclosure* foram assentadas no início dos anos de 1990 em um número de casos decorrentes de erros judiciários (R. *vs.* Ward) e então foram subsequentemente submetidas a regramentos e restrições legais (CORKER; PARKINSON). Pode-se explicar esta recepção tardia do direito em questão pelos países de *common law* como uma consequência da concepção de processo criminal como um procedimento de resolução de conflitos conduzido por partes e seus interesses e não um procedimento oficial comprometido com a exatidão e regularidade dos atos administrativos. Nos sistemas adversariais, cada uma das partes, tanto em disputas públicas quanto privadas, poderia alegar que os resultados de suas investigações tocariam a si mesmas, e "a surpresa seria um elemento dentre outras armas aceitas para o arsenal dos adversários" (*Stinchcombe*). Dito isso, a ideia de que as partes são interessadas no sistema adversarial não é absoluta e a posterior afirmação dos direitos de revelação nos Estados Unidos, Inglaterra e Canadá foi igualmente acompanhada do reconhecimento de responsabilidades éticas dos órgãos de persecução a fim de garantir que se faça justiça e que resultados corretos de investigações sejam levados aos julgamentos.

Essa breve descrição histórica também revela que o direito de *disclosure* em sistemas de *common law* emergiu primacialmente pela fonte jurisprudencial. Casos como o *Brady* nos Estados Unidos, *Ward* na Inglaterra e Gales e *Stinchcombe* no Canadá assumiram caráter icônico nos respectivos sistemas jurídicos mesmo quando a matéria tenha sido submetida a posterior refinamento legal. De maneira oposta, o *disclosure* em muitos sistemas continentais baseou-se em obrigações explícitas e codificadas. Ainda que as jurisdições de *common* e de *civil law* convirjam no sentido de mais amplos direitos de revelação, eles o fazem seguindo distintas metodologias legais, refletindo as matrizes respectivas de cada sistema no sentido de reconhecimentos *case-by-case* e de regulamentação legislativa.

Os elementos cobertos pelo direito em questão também diferem de um sistema para outro. Porque investigadores imparciais nas jurisdições de *civil law* devem documentar toda a sua atividade processual, o acesso do investigado aos autos significa, em teoria, acessar toda a investigação. Pleno acesso pode ser diferido em certos casos ou até algum ponto procedimental específico, mas não se discute que se terá acesso aos autos completos em determinado momento anterior à fase judi-

cial. A matéria tem sido pensada diferentemente nas jurisdições de *common law*, as quais possuem um processo penal com uma fase pré-processual mais informal e que é concebido como uma disputa entre duas partes concorrentes construindo narrativas (casos) concorrentes. Nelas, tem se colocado a questão sobre se o *disclosure* deve ser integral ou parcial; e, se e quando parcial, o que deveria incluir. Ter-se como critério os elementos mais robustos ou os que sejam favoráveis à defesa implicaria assumir a existência de um *case* separado da defesa opondo-se a uma investigação unitária em que a defesa participa como no modelo dos sistemas inquisitoriais. Consequentemente, o direito do acusado ou investigado à revelação em um sistema adversarial pode depender parcialmente da específica defesa por ele apresentada.

Outro conjunto de diferenças envolve a identificação de quem tem o dever de revelar ou dar acesso. Nos países de *civil law*, a autoridade imparcial a cargo da investigação é, ao menos a princípio, quem deve facultar acesso à defesa. Dependentemente de regramentos específicos de cada país e da fase processual em que esteja um determinado caso, essa autoridade pode ser não apenas o órgão do Ministério Público como a polícia ou a magistratura. Em contraste, nas jurisdições de *common law* o promotor de justiça é a autoridade primacialmente responsável por revelar elementos à defesa. De fato, o *disclosure* é por vezes visto como uma matéria de ética acusatória assim como de cumprimento normativo. O papel dos tribunais na concretização desses deveres limita-se a decidir questões controvertidas trazidas pelas partes, não apenas porque em geral não se permite à magistratura agir de ofício, mas igualmente porque ela não dispõe de informações suficientes sobre as investigações das partes.

O debate sobre se a defesa tem o dever de revelar os resultados de sua própria investigação ao Ministério Público somente faz sentido dentro de um processo criminal concebido como uma competição entre os casos apresentados pela acusação e pela defesa. Isso ajuda a explicar por que o direito à revelação foi concebido como um direito reciprocamente implicado em muitas jurisdições de *common law* – ao menos quando obteve *status* legal. Por esta compreensão, a acusação deve honrar certos deveres de *disclosure* somente se a defesa se dispuser a fazê-lo com suas próprias informações ou elementos de prova (ver, e.g., *Federal Rule of Criminal Procedure 16* nos EUA). Tal ideia é estranha para jurisdições de *civil law*, as quais concebem o processo criminal como uma investigação unitária.

Também se tem debatido e regulado diferentemente entre os sistemas de *common* e de *civil law* o momento em que o direito à revelação deve incidir. Porquanto os de *common law* tradicionalmente concebem o julgamento como o momento crucial de decisão, não surpreende que algumas jurisdições o concebam como um direito de julgamento (*trial right*) (ver, e.g., *US v. Ruiz*). E mesmo aquelas que questionam esta concepção têm afirmado que a obrigação de *disclosure* do órgão de

LANGER, Máximo; ROACH, Máximo. Direitos no processo penal: um estudo de caso sobre convergência e direitos de *disclosure*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 239-257. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

acusação incide, no mais tardar, antes de o acusado eleger o modo de julgamento ou decidir renunciar a seu direito ao julgamento por meio da admissão de culpa (*guilty plea*) (ver, e.g., *Stinchcombe*). Contrariamente, nas jurisdições de *civil law*, o direito à revelação geralmente incide muito antes, na fase prévia ao julgamento, visto que ela historicamente tem tido maior relevo. A depender da jurisdição e das circunstâncias do caso, o direito pode, portanto, incidir antes mesmo de que um defensor seja constituído pelo investigado (CPP argentino, art. 106), ou antes que seja ouvido pelo juiz de instrução (CPP francês, art. 114), ou antes de eventual decisão sobre prisão cautelar (StPO alemão, § 147.2), apenas para mencionar algumas hipóteses.

Note-se ainda que esse direito não se disseminou das jurisdições de *common law* para as de *civil law*. Com efeito, estas o adotaram previamente àquelas, não necessariamente porque seriam mais orientadas ao devido processo que as outras, mas provavelmente porque suas configurações institucionais, com a estrutura mais formalista que concederam à fase pré-processual, evidenciaram a necessidade de estabelecer e expandir tal direito conforme se deu à defesa um papel (mais) proeminente no processo decisório de casos criminais.

Finalmente, a nossa análise também sugere que os sistemas de *civil law* têm dado um escopo mais amplo a esse direito do que os de *common law*, na medida em que oferecem à defesa um mais precoce acesso de toda a investigação conduzida pelas autoridades públicas. Porém, uma vez mais, este escopo mais amplo não é resultante de um suposto maior atrelamento ao *due process*, mas da maneira como o tema tem sido concebido dentro de um preexistente conjunto de práticas institucionais e concepção de processo penal. O escopo mais amplo do direito à revelação nas jurisdições de *civil law* tampouco deve ser lido de modo a sugerir que elas sejam em geral mais garantidoras dos direitos dos acusados. De fato, como o próximo tópico demonstrará, algumas das precisas características que as têm levado a conferir um âmbito maior de incidência ao direito de acessar autos podem ter contribuído a que sejam, concretamente, menos garantidoras de outros direitos de investigados e acusados.

4. A APLICAÇÃO DA LEI REPRESSIVA, PREOCUPAÇÕES DE SEGURANÇA NACIONAL E O DIREITO DE CONHECER OS RESULTADOS DA INVESTIGAÇÃO

Ao lado de convergirem em um acordo abstrato no que toca ao direito à revelação, jurisdições de *civil* e de *common law* têm sido submetidas a produções legislativas de índole repressiva e a pressões de segurança nacional em certa medida similares com o fim de limitar a incidência desse direito. Estas pressões têm se apoiado no argumento de que há elementos de prova ou informações a que investigados não deveriam ter acesso porquanto prejudicariam as investigações (incluindo as que

envolvem cooperação transnacional); a segurança ou o bem-estar de informantes, potenciais testemunhas ou agentes públicos; ou esforços para prevenir o cometimento de crimes. Esse debate emerge especialmente, malgrado não exclusivamente, no contexto de terrorismo e de crime organizado e revela como pressões por limitação de direitos podem ser uma fonte de convergência respeitante a eles.

Aqui, contudo, uma vez mais pressões similares para limitar direitos de *disclosure* têm atuado de forma diferente nas jurisdições de *civil* e de *common law*, devido aos diferentes contextos institucionais já descritos. Países de *civil law* têm se debruçado a observar como esses direitos podem ser tratados dentro de um sistema de documentos reunidos em autos que geralmente propicia um mais frágil direito ao confronto e ao exame cruzado (*cross-examination*), opera sem uma regra geral que restrinja o uso de provas por "ouvir dizer" (*hearsay evidence*), e em geral é mais propenso a admitir material sem origem sabida e testemunhas anônimas.

Exemplificativamente, o Código de Processo Criminal francês estabelece que, para infrações punidas com pelo menos três anos de prisão, pode o juiz determinar que a identificação de uma testemunha não seja revelada caso se ateste perigo à vida ou integridade física dela ou de familiares ou pessoas que lhe sejam próximas (CPP francês, arts. 706-57 a 706-63). Em operações com uso de agente infiltrado, apenas a autoridade policial a cargo da operação deve testemunhar, ao passo que a(s) identidade(s) do(s) agente(s) infiltrado(s) remanesce(m) protegida(s) (CPP francês, arts. 706-81 a 706-87; para semelhantes práticas e disposições legais na Alemanha, ver StPO § 110b e ROSS, 2007). Em casos relacionados a terrorismo, autoridades policiais que testemunham não precisam revelar seus nomes ou estado civil (CPP francês, arts. 706-24 a 706-25.2).

A França não está isolada neste tema, como se depreende de múltiplos casos de testemunhas anônimas que alcançaram o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (para análises críticas desses casos, ver, e.g., MAFFEI; SUMMERS). O TEDH decidiu que 'o uso de declarações de testemunhas anônimas para fundamentar uma condenação não é incompatível sob quaisquer circunstâncias com a Convenção [Europeia de Direitos Humanos]' (*Van Mechelen v. The Netherlands*, § 54). O Tribunal também asseverou que mesmo quando a testemunha anônima não é ouvida no julgamento, "usar-se como prova suas declarações obtidas na fase prévia ao julgamento não fere o artigo 6(3)(d) [da Convenção Europeia de Direitos Humanos] *desde que os direitos da defesa hajam sido respeitados*" (*Kostovski v. The Netherlands*,§ 41). E mesmo se o acusado não houver tido a oportunidade de examinar o testemunho anônimo quer durante a investigação ou o julgamento, uma condenação pode ser válida se não se fundar exclusivamente ou de modo decisivo sobre o depoimento de testemunhas anônimas (ver, e.g., *Van Mechelen v. The Netherlands*).

Além de testemunhos anônimos, algumas jurisdições de *civil law* têm utilizado informações de procedência incerta como outro modo de lidar com as pressões

supra-aludidas. Jean-Louis Bruguiere, um juiz aposentado que investigou muitos casos de terrorismo na França, tem sustentado que o sistema da *civil law* é mais "flexível" para oferecer respostas à ameaça do terrorismo e que "o sistema da *common law* é muito rígido e não pode adaptar-se a contento porque suas normas processuais são mais importantes que o direito penal basilar" (Human Rights Watch, 13). A *Human Rights Watch* criticou o sistema francês por dificultar as possibilidades de defensores efetivamente desafiarem os extremamente extensos e intratáveis autos produzidos em investigações de terrorismo que frequentemente contêm material de inteligência cujas fontes não são informadas (idem, 17-18, 33-37). No Canadá, certa documentação proveniente de uma investigação francesa foi questionada por um cidadão, cuja extradição fora requerida pela França sob acusações de terrorismo, em parte com base no fato de que continha material de inteligência que ocultava as respectivas fontes, razão pela qual não podia ser desafiado e talvez houvesse sido obtido de agências estrangeiras por meio de tortura ou outra forma de tratamento degradante. O governo canadense, ao cabo, houve por desentranhar do processo tais informações e o requerido teve determinada a sua extradição com base em outros elementos probatórios (*France v. Diab*).

Os sistemas de *common law* também se defrontam com pressões similares atinentes à proteção de testemunhas e à proteção de informações de inteligência da revelação para o acusado. Todavia, o uso de testemunhos e inteligência anônimos se lhes tem revelado mais difícil, em face de restrições à prova por ouvir dizer e de um direito mais forte ao confronto e ao exame cruzado no julgamento. Um método comum que as jurisdições de *common law* têm utilizado para limitar obrigações de revelação são os procedimentos de imunidade por interesse público (*public interest immunity proceedings*), os quais permitem aos órgãos de acusação requerer da magistratura ordens de não revelação (*nondisclosure orders*). Na Inglaterra e País de Gales as cortes têm ressaltado a necessidade de decisão judicial para a emissão de tais ordens. Em um caso de 1993, no qual se revogou uma condenação por terrorismo em virtude de a Coroa não ter cumprido integralmente o direito à revelação, a Corte de Apelação criticou o órgão de acusação por agir "como um juiz em causa própria na questão da imunidade por interesse público" (*R. v. Ward*, 648). Embora as restrições britânicas ao *disclosure* se submetam ao poder de revisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o Tribunal salientou que o direito à revelação de provas relevantes não é um direito absoluto, e pode ser ponderado para preservar direitos fundamentais de outro indivíduo ou para resguardar interesse público relevante (*Edwards and Lewis v. The United Kingdom*, § 46).

Procedimentos de imunidade por interesse público são também utilizados na Austrália, no Canadá, em Israel e nos Estados Unidos para limitar direitos de *disclosure* (ROACH, 2010a; KITAI-SANGERO, 292). Em alguns casos, esses procedimentos são conduzidos ao menos parcialmente em caráter *ex parte*, sem a participação

plena do acusado ante o receio da revelação de segredos. Outra alternativa existente é a de permitir que os interesses do acusado sejam representados por um defensor especial, um advogado com especial habilitação de segurança (*security-cleared counsel*) (R. *vs.* H and C).

Nos Estados Unidos, o *Classified Information Procedures Act* PL 96-456 permite aos órgãos de acusação obter ordens de não revelação para proteger interesses de segurança nacional. Contemplam-se ali noções de proporcionalidade incentivando governo e juízes a revelar ao acusado substitutos não classificados para materiais que, se revelados, poderiam expor fontes confidenciais, prejudicar investigações em curso ou violar compromissos de confidencialidade assumidos com outras agências. Em alguns casos, pode-se facultar acesso ao defensor aos elementos sigilosos contanto que ele receba uma especial habilitação de segurança (*security clearance*) e se comprometa a não revelar o material para o acusado: este procedimento tem sido utilizado em notórios casos de terrorismo, incluídos aqueles que envolveram Bin Laden e Zacarias Moussaoui (*United* States *vs.* Bin Laden, 121; United States *vs.* Moussaoui). Esses procedimentos, a exemplo dos britânicos de defensores especiais, demonstram de que maneira os sistemas de *common law* estão dispostos a qualificar a relação advogado-cliente considerada fundamental para o sistema adversarial com vistas a proteger outros importantes interesses concorrentes, como a segurança nacional. Eles também ressaltam como estão preparados os sistemas de *common law* para limitar o direito à revelação, se bem que de um modo que emprega audiências nominalmente adversariais e, assim, difere dos meios usados em sistemas de *civil law* em que juízes de instrução e promotores dão menor ênfase ao confronto e podem usar elementos de inteligência sem procedência conhecida nos autos de investigação. Ao mesmo tempo, a real e marcante inflexibilidade dos requisitos de *disclosure* nos Estados Unidos e no Reino Unido pode ter encorajado ambos a usar alternativas ao sistema de Justiça Criminal como as detenções e controles militares e migratórios parcialmente baseados em evidências secretas (ROACH, 2011).

5. ANÁLISE COMPARADA DAS DISPOSIÇÕES DOS ESTADOS UNIDOS, REINO UNIDO E CANADÁ

Até aqui, o presente texto concentrou-se em comparar direitos de revelação nos sistemas de *common law* e de *civil law*, providência que fornece uma rica fonte de material para a análise de como diferentes contextos legais e institucionais influenciam o direito constitucional. Entretanto, ao mesmo tempo, a relação *common law/ civil law* não é o único eixo de comparação cabível a esse campo de estudo e arrisca a superestimar o grau de similaridades verificadas em ambos os sistemas. No restante deste texto, tencionamos comparar brevemente as abordagens estadunidense, britânica e canadense do direito ao *disclosure* com o escopo de ressaltar algumas

importantes divergências mesmo dentro dos sistemas de *common law*. Diversidades similares podem também ser encontradas entre sistemas de *civil law* (ver, e.g., PRADEL, 2002, 467-9).

Nos Estados Unidos, desde *Brady v. Maryland*, o foco do direito constitucional ao *discovery*[2] tem se mantido sobre evidências favoráveis à narrativa – ao *case* – do acusado, e não sobre qualquer prova direta (*material evidence*)[3] ou que avance sobre uma questão lateral como uma violação de direitos. Adicionalmente, o direito constitucional ao *discovery* é concebido como um direito de julgamento (*trial right*) (*US v. Ruiz*). A jurisprudência continua a oferecer matizes divergentes ao buscar definir que elementos devem ser revelados e quando devem sê-lo.

A Suprema Corte canadense, em sua decisão do caso *Stinchcombe* em 1991, rejeitou a compreensão *Brady* ao considerá-la excessivamente estreita e insuficientemente adequada para prevenir riscos de condenações injustas. Reconheceu, então, que o órgão de acusação tem obrigação de revelar toda informação relevante e não privilegiada de que tenha posse antes de o acusado escolher se

2. Nota do tradutor: Mais extensivamente que um direito à revelação, e sem par nas tradições jurídicas romano-germânicas, o *discovery* do sistema estadunidense compreende atos ou procedimentos preparatórios do julgamento voltados à produção antecipada de provas, com vistas a, por meio da revelação de dados e/ou de informações até então desconhecidos da parte contrária, "assegurar a isonomia de informações acessíveis às partes processuais penais, de sorte a assegurar a previsibilidade e justiça do julgamento" (MALAN, Diogo. Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira. *RBCCrim*, no prelo [quando da realização do presente trabalho de tradução], 2015, vol. 114), sendo que, indiretamente, também permitem "às partes fazer prognósticos acerca do veredito e, por conseguinte, tomar decisões estratégico-processuais mais bem informadas" (Idem, ibidem), de que é exemplo a celebração, ou não, de acordos de aplicação de pena com dispensa de julgamento – como o *guilty plea* e o *plea bargaining*.
A respeito da extensão do instituto, igualmente presente na processualística civil e penal dos Estados Unidos, assinalam Hazard Jr. e Taruffo: "o procedimento de *discovery* tem amplo escopo. De acordo com a Regra Federal n. 26 [regra inscrita nas *Federal Rules of Civil Procedure*], a qual é o modelo adotado pelos códigos processuais modernos, podem-se fazer inquirições sobre 'qualquer matéria, não protegida por privilégio, que seja relevante à causa em questão'. Destarte, o *discovery* pode recair sobre fatos incidentalmente relevantes a questões alegadas mesmo que eles diretamente não provem ou refutem os fatos constitutivos do *meritum causae*". (HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction* 115. 1993. Apud: GARNER, Bryan A. (ed.). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul, 2009, p. 553).

3. Nota do tradutor: A locução *material evidence* também não encontra tradução direta que denote precisamente o seu significado. Relaciona-se com o grau de correlação lógica existente entre determinado elemento de prova e o *thema probandum* específico de um dado processo. Por essa razão, poderia também ser traduzida como "prova pertinente", embora tenhamos preferido a locução "prova direta".

deseja ou não enfrentar o processo pelo júri. Os regimes diferentes de *disclosure* em ambos os países podem ser explicados em parte pelas elevadas preocupações com condenações indevidas no momento em que a Suprema Corte assentou o direito (ali se desenvolveu, como nos Estados Unidos, uma jurisprudência complexa na matéria, particularmente no que toca aos remédios jurídicos aplicáveis contra falhas na revelação, com as cortes determinando sutis distinções entre violações de direitos que requerem novos julgamentos e outras que não os requerem; mesmo quando albergam amplos direitos de *disclosure*, os sistemas de *common law* promovem nuançadas distinções sobre o âmbito de incidência e os remédios a eles aplicáveis).

O sistema britânico de *disclosure* oferece um contraste com os sistemas estadunidense e canadense. Amplos direitos de revelação no Reino Unido foram produtos de decisões de direito comum, não constitucional, decorrentes de condenações equivocadas e de tentativas dos órgãos de acusação de sonegar informação relevante à revelia de autorização judicial (*Ward*). Verificou-se, ali, um afastamento da dependência de decisões judiciais para determinar as obrigações de revelação dos órgãos de acusação, ao passo que a legislação as reduziu e as tornou mais bem definidas. A legislação também impôs obrigações de revelação sobre o acusado, estabelecendo um *disclosure* secundário em resposta a elas. Os direitos de revelação atualmente revelam-se constitucionalizados tanto por meio do *Human Rights Act* de 1998 quanto pela Convenção Europeia de Direitos Humanos sobre a qual se baseia aquele diploma, mas o são de uma maneira mais flexível que nos Estados Unidos ou no Canadá. Direitos constitucionais podem também lançar crítica sobre a adequação dos pontos de partida positivados em lei, o que sugere a necessidade de que advogados constitucionalistas se debrucem tanto sobre uma quanto sobre outra matéria (SAMAHA). Há também razoável evidência de que os *standards* de testemunhos anônimos desenvolvidos nos sistemas de *civil law* tenham migrado para o direito inglês, o qual agora prevê uma modalidade de uso desse elemento de prova que não seria admitido nem nos Estados Unidos e nem no Canadá (ver *Criminal Evidence Act* (*Witness Anonymity*) 2008). A migração de ideias constitucionais (incluindo-se razões para a limitação de direitos) (CHAUDHRY) transcende a divisão *civil-common law* e parece estar encorajada pelas instituições europeias de direitos humanos.

6. CONCLUSÕES

O presente artigo almejou explorar o direito constitucional comparado com base em dois eixos de comparação. O primeiro consistiu em comparações macroscópicas de países que tradicionalmente se filiam aos sistemas de *civil law* e de *common law*. Sugeriu-se que enquanto as diferentes tradições legais ainda exercem in-

fluência interna sobre o direito respectivo, ambos os sistemas têm abarcado mais amplos direitos de revelação em favor de acusados ou investigados pela prática de crimes. Essa convergência ocorre a despeito da ausência de previsões explícitas em matéria de direitos de *disclosure* em várias constituições, e, conquanto ela seja importante e desmistifique dicotomias simplistas entre as democracias receptivas a direitos da *common law* e os mais estatistas sistemas da *civil law*, importantes diferenças remanescem. Ademais, conquanto barreiras linguísticas – entre outras – apresentem desafios, acreditamos que o direito constitucional comparado deveria aprofundar estudos comparativos entre as divisões *common law / civil law* e que os modernos desenvolvimentos de instrumentos de proteção de direitos supranacionais e avanços internacionais como o Tribunal Penal Internacional ajudarão pesquisadores a atravessar a dicotomia *common law/civil law* (ver, e.g., JACKSON, 2008). A divisão entre eles precisa ser superada, mas se deve manter atenção à resiliente significância dessas e de outras diferentes tradições legais. As lições emanadas de análises comparativas desta natureza poderiam igualmente aplicar-se a diferentes tradições jurídicas para além das de *civil* e de *common law*, incluindo-se as influências do direito religioso e indígena (GLENN).

O segundo eixo de comparação acima empregado residiu em comparar direitos de *disclosure* incidentes em países de cultura jurídica similar, nomeadamente o Canadá, o Reino Unido e os Estados Unidos. Tais comparações constituem um antídoto útil contra a simplificação e o essencialismo que por vezes pode acompanhar comparações macroscópicas entre países de diferentes tradições jurídicas. As comparações microscópicas entre países de cultura similar devem ainda compreender uma dimensão histórica, tendo em vista que nossos resultados sugerem que temas como os pontos de partida para a afirmação de direitos, o momento em que direitos são reconhecidos e as contingências entre interesses e direitos que concorrem com os direitos de revelação desempenham papel importante. Neste sentido, o direito constitucional comparado pode seguir o caminho de uma história das ideias jurídicas e da reforma legal (LANGER, 2007). Outra abordagem possível na matéria seria a de focar eventos de repercussão global como a crescente ênfase na prevenção do terrorismo desde o "11 de setembro" (ROACH, 2011), a qual, de acordo com nossas conclusões no primeiro eixo de comparação, demonstra ampla convergência na recepção de limites aos direitos de revelação em nome de interesses de segurança nacional e de proteção a testemunhas, e resistente divergência na implementação detalhada destes limites. Ainda uma vez, a análise de direito constitucional comparado apresentada neste texto representa uma das convergências e divergências simultâneas e unidas pelo contínuo impacto tanto das diferentes tradições jurídicas quanto de pressões globais, mas também divididas pelas especificidades históricas do direito tal como é conformado em cada país e em cada época.

LANGER, Máximo; ROACH, Máximo. Direitos no processo penal: um estudo de caso sobre convergência e direitos de *disclosure*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 239-257. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRADLEY, C. Overview. In: BRADLEY, C. (ed.). *Criminal procedure. A Worldwide Study.* 2. ed. Durham: Carolina University Press, 2007.

CHAUDHRY, S. *The migration of constitutional ideas.* Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CORKER, D.; PARKINSON, S. *Disclosure in criminal proceedings.* Oxford: Oxford University Press, 2009.

DAMAŠKA, M. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review.* n. 121. p. 506-589. 1973.

_____. *The faces of justice and state authority.* New Haven, London: Yale University Press, 1986.

_____. *The quest for due process in the the age of inquisition* (arquivo disponibilizado aos autores). 2011.

DEVINS, N.; FISHER, L. *The democratic constitution.* Oxford: Oxford University Press, 2004.

GLENN, P. *Legal traditions of the world.* 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

HODGSON, J. *French criminal justice.* Portland: Hart Publishing, 2005.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Preempting justice. Counterterrorism laws and procedures in France,* 2008.

JACKSON, J. Transnational faces of justice: two attempts to build common standards beyond bational boundaries. In: JACKSON, J.; LANGER, M.; TILLERS, P. (ed.). *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context.* Oxford, Portland: Hart Publishing, 2008.

KAGAN, R. *Adversarial legalism.* Cambridge: Harvard University Press, 2001.

KESSEL, G. van. European perspectives on the accused as a source of testimonial evidence. *West Virginia Law Review.* n. 100. p. 799-845. 1998.

KITAI-SANGERO, R. Israel. In: BRADLEY, C. (ed.). *Criminal procedure: a worldwide survey.* 2. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2007.

LANGBEIN, J. Land without plea bargaining: how the germans do it. *Michigan Law Review.* n. 78. p. 204-225. 1979.

LANGER, M. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal.* n. 45. p. 1-64.

_____. Rethinking plea bargaining: the practice and reform of prosecutorial adjudication in american criminal procedure. *American Journal of Criminal Law.* n. 33. p. 223-299. 2006.

_____. Revolution in Latin American criminal procedure: diffusion of legal ideas from the periphery. *American journal of Comparative Law.* n. 55. p. 617-676. 2007.

LÜDERSSEN, K.; JAHN, M. § 147, *4 Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar* 993. Volker et al (eds.). Berlin: De Gruyter Recht, 2007.

MAFFEI, S. *The european right to confrontation in criminal proceedings*. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2006.

MAIER, J. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. vol. 1.

MILLER, F. et al *Criminal justice administration*. 5. ed. New York: Foundation Press, 2000.

PACKER, H. *The limits of the criminal sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968.

PRADEL, J. *Droit pénal compare*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002.

_____. *Procédure pénale*. 12. ed. Paris: Cujas, 2004.

ROACH, K. The criminal process. In: TUSHNET, M.; CANE, P. (ed.). *Oxford Companion to Legal Scholarship*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

_____. *The unique challenges of terrorism prosecutions*. Ottawa: Government Services, 2010a.

_____. Wrongful convictions: adversarial and inquisitorial themes. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*. n. 35. p. 388-446. 2010b.

_____. *The 9/11 effect: comparative counter-terrorism*. New York: Cambridge University Press, 2011.

ROSS, J. The place of covert surveillance in democratic societies: a comparative study of the United States and Germany. *American Journal of Comparative Law*. n. 55. p. 493-579. 2007.

_____. Undercover policing and the shifting terms of scholarly debate: the United States and Europe in counterpoint. *Annual Review of Law and Social Science*. n. 4. p. 239-261. 2008.

SAMAHA, A. Government secrets, constitutional law and platforms for judicial intervention. *UCLA Law Review*. n. 53. p. 909-976. 2006.

SUMMERS, S. *Fair trials. The european criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2007.

TRECHSEL, S. *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

VOGLER, R. *A world view of criminal justice*. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2005.

WHITMAN, J. The two western cultures of privacy: dignity versus liberty. *Yale Law Journal*. n. 113. p. 1151-1221. 2004.

Casos

Brady *vs.* Maryland, 373 US 83 (1963).

Edwards and Lewis *vs.* United Kingdom, 2004-X Eur. Ct. H.R. 61.

France *vs.* Diab, 2011 ONSC 337.

Jasper vs. United Kingdom, 30 Eur. H.R. Rep. 441. 2000.
Kostovski vs. The Netherlands, 166 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 6. 1989.
R vs. Mills. 3 SCR 668. 1999.
R vs. Stinchcombe, 3 SCR 326. 1991.
R vs. Ward. 1 WLR 619. 1993.
R. vs. H and C. UKHL 3. 2004.
United States vs. Bin Laden, 58 F.Supp.2d 113 (SD NY 1999).
United States vs. Moussaoui, 591 F3d 263 (4th Cir 2010).
United States vs. Ruiz, 536 US 622.2002.
Van Mechelen vs. The Netherlands, 1997-III Eur. Ct. H.R. 691.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Admissibilidade e limites das investigações preliminares ao inquérito policial, de Vladimir Stasiak – *RBCCrim* 31/259-282 (DTR\2000\310);
- A verdade como ferramenta de investigação criminal à luz do garantismo penal, de Roberto Antônio Darós Malaquias – *RT* 952/265-293 (DTR\2015\766); e
- O regime dos "conhecimentos da investigação" em processo penal: reflexões a partir das escutas telefônicas, de Manuel da Costa Andrade – *RBCCrim* 110/259-296 (DTR\2014\18444).

83029

Efetividade do processo e técnica processual na execução penal – Um exame da prática premiada pelo X Prêmio *Innovare*

Process' effectiveness and procedural technique in the Criminal Court – A exam of the practice awarded by the X Innovare Prize

Thiago Colnago Cabral

Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Civil pela PUC-Minas. Mestrando em Direito Penal e Criminologia pela USP. Orientador de curso em Execução Penal da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam. Membro do IBCCrim. Vencedor do Prêmio Innovare – Categoria Juiz no ano de 2013. Juiz de Direito em Governador Valadares-MG.
thiago.cabral@tjmg.jus.br

Área do Direito: Processual

Resumo: O presente ensaio tem por objeto examinar a influência que novas técnicas processuais, tendentes a assegurar maior efetividade ao gerenciamento de processos em Execução Penal, pode ter na celeridade e na eficiência processuais e, assim, no resguardo da liberdade dos encarcerados, notadamente daquela premiada pelo Instituto Innovare em 2013, na categoria Juiz.

Palavras-chave: Execução penal – Efetividade – Celeridade – Eficiência – Técnica processual – Resultados – Prêmio Innovare 2013.

Abstract: This purpose of the present is to examine the influence that new procedural techniques, in order to ensure greater effectiveness in the management of cases in Criminal Court, may have the celerity and thus in the protection of freedom of prisoners, notably that awarded by the Institute Innovare 2013 in the category judge.

Keywords: Criminal court – Effectiveness – Celerity – Procedural technique – Efficiency – Results – Innovare Award 2013.

Sumário: 1. Introdução – 2. A realidade da execução penal no Brasil – 3. A mudança de um paradigma – 4. Indicadores estatísticos da efetividade da prática – 5. Conclusões – 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Inicialmente, há de ser feita referência necessária e obrigatória à invocação de estudo do Prof. José Roberto dos Santos Bedaque,[1] de título idêntico, salvo em re-

1. Bedaque, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

lação à especialização acerca da Execução Penal, apresentado à Universidade de São Paulo em concurso para o cargo de professor titular.

Na mencionada obra, festejada e recomendada pelos estudiosos do Direito Processual Civil, o doutrinador paulista estabelece íntima relação entre os instrumentos típicos da técnica processual, tão acalentados no âmbito do Direito Processual Civil, com a efetividade do processo, correspondente à obtenção de tutela jurisdicional de mérito em tempo razoável.

O zelo que o processo civil empresta, desde o Projeto Buzaid, à técnica e aos institutos processuais que, desde a influência da visão instrumentalista de Dinamarco, haverá de estar sempre voltada à prestação da tutela jurisdicional de mérito de forma eficiente, nunca foi preocupação do processo penal.

É justamente neste pormenor, de despreocupação teórica, que se propõe a presente reflexão, identificando que o uso de técnicas processuais pode se prestar a que, no âmbito do processo penal, a tutela jurisdicional possa ser prestada de modo mais eficiente, notadamente no que tangencia à execução de penas privativas de liberdade, sobretudo face os relevantes e danosos reflexos que a segregação impõe ao cidadão.

2. A REALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

É certo que a promulgação da EC 45/2004, ao acrescer a duração razoável do processo no rol de direitos fundamentais do cidadão, mediante inserção do inc. LXXVIII ao art. 5.º da CF,[2] elevou a importância do tema no ordenamento pátrio, entretanto, não se pode deixar de perceber que, no tocante ao Direito Processual Penal, a observância a prazo limite de duração do processo assume importância vital quando permeada pela segregação do agente.

Com efeito, a segregação, cautelar ou definitiva, repercute em efeitos inegáveis e deletérios ao cidadão encarcerado em razão de privar o mesmo, com lastro no interesse público e com arrimo na legalidade, do direito à liberdade por determinado lapso temporal.

Neste toar de ideais, a duração razoável do processo, dogma constitucional do ordenamento brasileiro, assume, em relação aos processos permeados pela segregação de determinado cidadão e, assim, na Execução Penal, principalmente, a envergadura de exigência inerente ao atendimento de direitos humanos de primeira geração.[3]

2. Art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

3. "Adotando-se, para fins meramente didáticos, a expressão germânica direitos fundamentais, empregada expressamente no Título II da Constituição brasileira de 1988, é possí-

Esta constatação, de conotação teórica irretorquível, não vem, todavia, apresentando adequada acolhida no cotidiano forense, tendo em vista que, dentre inúmeras outras ferramentas, os mutirões carcerários realizados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ – apontam, de modo reiterado, para a existência de grande número de cidadãos que, conquanto já tenham implementado o requisito objetivo à obtenção de determinado benefício ou mesmo à extinção da pena, são mantidos encarcerados pela absoluta falta de apreciação judicial.

Em outras palavras, à míngua da relevância da duração razoável do processo e dos reflexos de sua inobservância nos litígios permeados pela segregação, a realidade revela que é grande o número de prisões que perduram por prazo superior ao legal e, portanto, de caráter ilegal, em virtude da falta de apreciação de determinado benefício prisional.

Há, neste ponto, assertiva que deve ser sublinhada: toda e qualquer custódia que ultrapasse o prazo legal, sem que tenha sido objeto de deliberação judicial denegatória, ostentará invariavelmente a marca da ilegalidade, tendo em vista que, ante o marco temporal decorrente de lei, só é possível a manutenção do encarceramento mediante decisão judicial fundamentada de afastamento, obviamente pela falta de requisito subjetivo (mérito do apenado), do benefício legal cujo marco objetivo já foi atingido.

Acerca do tema, deve ser frisado que, ainda que ressalvando a inviabilidade do reconhecimento de constrangimento ilegal pela simples demora na apreciação de benefício cujo requisito objetivo já resta implementado, notadamente em face da necessidade de apreciação das condicionantes subjetivas à benesse, a jurisprudência dos tribunais superiores, nestas situações, impõe recomendação ao juízo *a quo*,

---

vel dizer que a construção e a manutenção dos pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana constituem os seus principais objetivos. E é essa vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, que nos conduzirá ao moderno significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. Há, no entanto, uma tradicional classificação doutrinária que identifica, com base em momentos sucessivos da História, três categorias distintas de direitos fundamentais, a saber: os direitos fundamentais de primeira, de segunda e de terceira geração. A primeira geração dos direitos fundamentais surgiu com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVII. Esses direitos assentam-se no liberalismo clássico, encontrando, pois, inspiração no Iluminismo racionalista, base do pensamento ocidental entre os séculos XVI e XIX. São também chamados de direitos individuais isoladamente considerados, e são oponíveis ao Estado. Os direitos civis e políticos constituem, portanto, os direitos fundamentais de primeira geração." (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública*. São Paulo: Ed. LTr, 2001. p. 27-28.)

indicando expressamente que a custódia para além do prazo legal se reveste de ilegalidade.[4]

No particular, há de ser acentuado que nos inúmeros mutirões carcerários que implementou, o Conselho Nacional de Justiça identificou diversos casos de custódia ilegal decorrente da falta de apreciação de benefício prisional de diversas naturezas ou mesmo da omissão no reconhecimento da extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena.

Deve ser dito, a propósito, que ante a magnitude do direito ambulatório, os atos inerentes à Execução Penal se marcam pela regra da oficialidade, e não pelo princípio da demanda, de maneira que a apreciação de benefícios cujo requisito temporal tenha sido implementado não depende da formulação de qualquer pedido por parte do interessado ou seu defensor.

Mas não é só.

A inobservância à exigência constitucional da duração razoável do processo, no que diz respeito à execução penal, ostenta ainda outro reflexo, de menor gravidade, deve ser dito, se comparado à manutenção indevida da custódia.

Com efeito, a custódia por prazo superior ao legal acaba por fomentar outros tantos incidentes processuais, alguns de natureza recursal, cujo propósito é emprestar efeito retroativo aos benefícios concedidos tardiamente, possibilitando, assim, que a contagem do lapso temporal para o gozo de posteriores benefícios observe a data em que o anterior haveria de ter sido concedido, e não quando efetivamente foi deferido judicialmente.

Tanto assim que se constituiu jurisprudência firme assegurando o direito à reclamada retroatividade, de maneira que o agente não seja prejudicado por atraso da

4. "Recurso ordinário em *habeas corpus*. Execução penal. Alegação de constrangimento causado pela demora na apreciação do pedido de livramento condicional. Recurso improvido. Recomendação ao Juízo da Execução Penal.
1. Não é o *habeas corpus*, em princípio, o meio próprio para se dar agilidade a julgamento de recurso ou, especificamente, no caso, impor maior celeridade na apreciação de benefícios relativos à execução penal.
2. Não se vislumbra o constrangimento ilegal decorrente de certa demora na apreciação do pedido de livramento condicional, se o retardamento da decisão ocorreu por culpa da defesa que não instruiu o requerimento com a certidão do trânsito em julgado para o Ministério Público e, principalmente, em razão da remessa dos autos ao Conselho Penitenciário para elaboração de parecer sobre o pedido de indulto condicional, também formulado pela defesa.
3. Recurso ordinário improvido, com recomendação de pronta apreciação dos pedidos de benefícios formulados pelo paciente no Juízo de Execuções Penais do Rio de Janeiro." (STJ, RHC 17.119/RJ, Min. Paulo Gallotti, *DJe* 01.06.2009.)

prestação jurisdicional a ele não atribuível: "Se o condenado permaneceu cumprindo pena por mais tempo do que devia no regime mais severo, embora já atendesse às exigências legais para a obtenção da progressão, correta a decisão do magistrado que defere o benefício com data retroativa, pois é inaceitável que o segregado arque com os prejuízos derivados da demora na prestação jurisdicional a que não deu causa" (TJMG, Ag em Execução Penal 1.0000.09.512947-4/001, Des. Herculano Rodrigues, *DJ* 09.04.2010).

Destarte é imprescindível a implementação de técnica processual que se preste a assegurar a efetividade da jurisdição no âmbito da execução penal, notadamente em relação às penas privativas de liberdade, a qual haverá necessariamente de corresponder à outorga da tutela em prazo razoável, correspondente ao exato dia em que atingido o requisito objetivo para dado benefício (cumprimento de parcela mínima da pena), desde que atendidas as exigências subjetivas (comportamento satisfatório).

Com efeito, a custódia que ultrapasse o limite legal envergará, salvo sua manutenção justificada por decisão judicial, invariável coloração de ilegalidade, ainda que a inobservância se opere por um único dia, eis que inadmissível a restrição a direito tão caro à pessoa humana sem autorização normativa, ensejando inclusive encargo indenizatório ao Poder Público.[5-6]

5. Tanto assim que, ainda que de modo discutível, o Anteprojeto de Lei de Execuções Penais apresentado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal estabelece, em seu art. 107, § 3.º, a obtenção automática de benefícios prisionais: "O juiz da execução penal será informado com a antecedência de 30 dias da data de soltura do apenado e das datas de progressão e livramento. Se até esta data não houver manifestação a liberação do preso ou condenado se dará automaticamente".

6. "Processo civil. Erro judiciário. Art. 5.º, LXXV, da CF. Prisão processual. Posterior absolvição. Indenização. Danos morais.
1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5.º, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização.
2. Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela da ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (*notoria non egent probationem*).
3. O pedido de indenização por danos decorrentes de restrição ilegal à liberdade, inclui o 'dano moral', que *in casu*, dispensa prova de sua existência pela inequivocidade da ilegalidade da prisão, duradoura por nove meses. Pedido implícito, encartado na pretensão às 'perdas e danos'. Inexistência de afronta ao dogma da congruência (arts. 2.º, 128 e 460 do CPC).

No particular, assume inequívoca relevância a prática adotada pela Vara de Execuções Penais de Governador Valadares-MG, inscrita no Prêmio Innovare 2013 com o nome *Cidadania Prisional* e agraciada com a premiação referente à categoria Juiz Individual, especificamente porque consegue, com a simples modificação da técnica processual, assegurar que os benefícios prisionais sejam apreciados no exato dia em que atingido o respectivo requisito objetivo, estabelecendo método eficiente de gerenciamento processual.

As técnicas processuais adotadas, então, com o propósito de assegurar efetividade à tutela jurisdicional na execução penal, foram as da concentração de atos processuais e da oralidade na sua realização, sem qualquer modificação dos sistemas de controle processual ou investimentos, senão vejamos:

O Provimento 161/2006, da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, que consubstancia o Código de Normas do Poder Judiciário local, estabelece, em seus arts. 207 e 208, a incumbência de que o Juiz de Direito e o escrivão providenciem a periódica expedição, pelo sistema de informática, dos chamados relatórios gerenciais.[7]

Os referidos relatórios listam, dentre outras informações e especificamente no que diz respeito à execução de penas, os sentenciados que, no período estabelecido como data-base, já implementaram ou implementarão o cumprimento de parcela

---

4. A norma jurídica inviolável no pedido não integra a *causa petendi*. 'O constituinte de 1988, dando especial relevo e magnitude ao *status libertatis*, inscreveu no rol das chamadas franquias democráticas uma regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado pela sentença (CF, art. 5.°, LXXV), situações essas equivalentes a de quem submetido à prisão processual e posteriormente absolvido.' 5. A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica na valoração da proporcionalidade do *quantum* e na capacidade econômica do sucumbente.
6. Recurso especial desprovido."
(REsp 427560/TO, 1.ª T., j. 05.09.2002, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 30.09.2002, p. 204.)

7. "Art. 207. É de responsabilidade do escrivão a emissão dos relatórios diários e mensais, com informações relativas às situações existentes no Siscom.
§ 1.° A emissão do Mapa de Movimento Forense ficará a cargo da própria secretaria de Juízo, cabendo ao escrivão executar os comandos de impressão do referido mapa, mensalmente, bem como dos demais relatórios gerenciais.
§ 2.° Após a emissão dos relatórios gerenciais, serão eles entregues ao Juiz de Direito para análise e tomada de providências que visem alcançar a indispensável qualidade, presteza e eficiência na prestação jurisdicional.
(...)
Art. 208. O escrivão deverá emitir, periodicamente, relatório dos autos que se encontrar com prazo legal e de protocolo vencidos, adotando a providência cabível em cada situação.
(...)."

mínima da pena que lhes garanta progressão de regime prisional, obtenção de livramento condicional ou mesmo a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena.

Com lastro nestes preceitos normativos, ordinariamente a gestão dos processos nas Varas de Execução Penal se caracteriza pela periódica emissão dos relatórios referentes a benefícios prisionais, com identificação dos sentenciados que irão atingir parcela de pena suficiente ao gozo de benefício prisional, seguindo-se a conclusão dos respectivos autos à decisão judicial.

Os citados processos são, ainda em regra, objeto de decisão judicial que determina a juntada de atestado de conduta carcerária, de folha de antecedentes criminais e de certidão de antecedentes criminais – elementos que viabilizam o exame do requisito subjetivo de benefício prisional –, bem como a subsequente apresentação dos autos ao órgão do Ministério Público e ao defensor para regular manifestação.

Após ditas providências, a saber, requisição de documentos, sua juntada aos autos, apresentação dos autos ao Ministério Público e ao defensor com juntada de suas manifestações, segue o processo uma vez mais ao magistrado, que, só agora, promove o exame do benefício prisional identificado desde a emissão do relatório gerencial.

A prática cotidiana revelava que, na imensa maioria das vezes, a metodologia em comento envergava pouca eficiência na gestão processual, repercutindo, invariavelmente, no encarceramento do cidadão por prazo superior ao fixado em lei, eis que, conquanto identificado previamente o atendimento ao requisito temporal a dado benefício, os trâmites imprescindíveis à sua apreciação judicial acabavam por retardá-lo, de modo que, ao tempo da decisão, já superada, às vezes por muito tempo, a data em que implementado o requisito objetivo.

Logo, o resultado era insuficiente ao resguardo da liberdade dos encarcerados.

Ante estes argumentos, é possível se imaginar, então, que os relatórios gerenciais poderiam simplesmente ser examinados com alguma antecedência, o que asseguraria o prévio processamento do benefício de modo a assegurar que sua apreciação ocorresse exatamente quando atingido o requisito objetivo a dado benefício.

A mencionada técnica, todavia, também não se revela eficiente por uma razão singela constatação: a partir do momento em que movimentado o processo, para a tramitação do benefício cujo termo ainda não adveio, o magistrado perde acesso direto aos autos, que ora está em diligência na secretaria, que ora está em carga a qualquer das partes, o que acaba por inviabilizar o controle efetivo do requisito objetivo ao benefício, de maneira que, em regra, quando o feito retorna à conclusão, já está ultrapassado o termo final ao benefício.

Tal conclusão, a propósito, foi amplamente constatada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ – nos inúmeros mutirões carcerários realizados por todo o

CABRAL, Thiago Colnago. Efetividade do processo e técnica processual na execução penal – Um exame da prática premiada pelo X Prêmio *Innovare*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 259-274. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

país, consoante já anotado, o que enseja várias e repetidas notícias de encarcerados soltos em ações do Conselho Nacional de Justiça em virtude de estarem encarcerados por prazo superior ao legal, seja em razão de fazerem jus a benefícios prisionais de toda sorte, seja em decorrência da extinção da pena por seu integral cumprimento.[8]

A título meramente ilustrativo, deve ser sublinhado que no Mutirão Carcerário do CNJ realizado em Minas Gerais, ainda em 2010, cunhou-se a seguinte conclusão acerca do polo de Governador Valadares, a teor do relatório final: "Em Governador Valadares, 4.002 processos analisados. 381 presos foram beneficiados. 38 tiveram pena extinta com soltura. 196 obtiveram livramento condicional, 146 obtiveram progressão para o regime aberto, 212 obtiveram progressão para o semiaberto e 2.584 processos foram considerados como pena em cumprimento regular".[9]

Destarte, o mesmo relatório indica, especificamente em seu item 9.8.2, a identificação, por parte do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, de sentenciado cuja pena estava extinta há mais de 1 ano, mas que, ainda assim, se encontrava encarcerado.[10]

É flagrante, pois, a conclusão de que a metodologia ordinariamente empregada nas Varas de Execuções Penais não tem sido eficiente, o que repercute em retardo na apreciação de benefícios e no encarceramento de sentenciados por prazo superior ao fixado em lei, refletindo ilegalidade que contribui para a superpopulação carcerária.

3. A MUDANÇA DE UM PARADIGMA

Foi neste cenário desfavorável que modificado o gerenciamento do trâmite destinado à apreciação de benefícios prisionais na Comarca de Governador Valadares-MG, com o propósito exclusivo de evitar que a segregação fosse mantida, ainda que por tempo mínimo, por prazo superior ao fixado em lei, de modo que se intenta, na verdade, assegurar que todos os benefícios prisionais de cada um dos sentenciados seja apreciado pelo Juízo competente no exato dia em que implementado o respectivo requisito objetivo.

A proposta implementada na Vara de Execuções Penais de Governador Valadares-MG, sob o título *Cidadania Prisional*, que acabou agraciada na categoria Juiz na

8. Vide por todas a notícia *Mutirão carcerário concedeu mais de 5,4 mil benefícios* do sítio Conjur: [www.conjur.com.br/2013-dez-26/mutirao-carcerario-cnj-concedeu-54-mil-beneficios-2013].

9. [www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/minasgerais.pdf].

10. [www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/minasgerais.pdf].

X edição do Prêmio Innovare, se baseou fundamentalmente na adoção das técnicas processuais da oralidade e da concentração, conjugadas com o instrumental já disponível na respectiva secretaria judiciária.

Explica-se:

Consoante sublinhado anteriormente, as secretarias judiciais dispõem de *software* que permite antever, com precisão, a data em que cada sentenciado implementará requisito objetivo à obtenção de determinado benefício prisional.

A despeito disso, o tempo de paralisação processual, correspondente aos intervalos de tramitação entre atos processuais, e os prazos inerentes à realização de cada um destes atos acabam por, em conjunto, compor intervalo procedimental que repercute invariavelmente em retardo na apreciação judicial de benefícios, conquanto os respectivos requisitos objetivos já tenham sido atingidos.

A técnica processual adotada no Projeto *Cidadania Prisional*, informada pelos princípios da oralidade e da concentração, consiste essencialmente na utilização dos relatórios gerenciais disponibilizados pelos *softwares* das Varas de Execução Penal como parâmetro para a organização da pauta de audiências.

Na esteira deste critério, é designada audiência admonitória exatamente para o dia em que cada sentenciado implementará requisito objetivo ao gozo de determinado benefício prisional, ou para o primeiro dia útil subsequente, no caso de o termo final recair em dia sem expediente forense.

A citada providência tem por escopo assegurar que, sem ressalvas, na data em que atingido o requisito objetivo ao gozo de determinado benefício prisional, o encarcerado tenha, invariavelmente, o citado direito subjetivo submetido à apreciação judicial.

Neste propósito, providência complementar se revelou absolutamente crucial, consistente na orientação, já adotada pela prática cotidiana das unidades prisionais da Comarca, de remessa pela própria escolta, no dia da audiência, de atestado de conduta carcerária, instruído com eventuais comunicados de faltas, atas de julgamento pela Comissão Disciplinar e de certidão de tempo trabalhado ou estudado, para fins de remição.

Tal providência, ademais, encontra amparo na constatação de que "a jurisprudência desta Corte já se posicionou no sentido de que o art. 118, § 2.°, da LEP, sequer exige a instauração de procedimento administrativo disciplinar para o reconhecimento de falta grave, bastando a realização de audiência de justificação, na qual sejam observadas a ampla defesa e o contraditório" (STJ, HC 219.624/SP, rel. Min. Gilson Dipp, *DJe* 28.05.2012).

Presentes à audiência os sujeitos processuais e munidos do dito acervo documental, resta viabilizado que, no próprio ato, sejam deferidas eventuais remições,

sejam instaurados e apreciados possíveis incidentes de falta grave e seja julgado qualquer benefício cujo requisito objetivo tenha se implementado.

No pormenor, há de ser acentuado que a prática adotada encontra amparo normativo expresso na dicção do art. 403 do CPP, com a redação decorrente da Lei 11.719/2008, que estabeleceu as regras da oralidade e da concentração na instrução processual penal, em preceito analogicamente aplicável à execução penal.[11-12]

É evidente, deve ser frisado, que acaso se constate a necessidade de dilação probatória, seja para inquirir testemunha referida, ausente ou reputada imprescindível, seja para providenciar a juntada de prova documental ainda não produzida, ou ainda frente a necessidade de exame pericial (por exemplo, laudo de constatação de substância entorpecente), deverá o magistrado converter o julgamento em diligência, postergando, excepcionalmente, a apreciação do incidente e o julgamento de benefício pendente.

Também deve ser dito, complementarmente, que a metodologia proposta não propõe que a instauração e apuração de incidentes de faltas graves só ocorram na data em que o sentenciado atender ao requisito objetivo a determinado benefício, pena de, por via reflexa, concorrer para a eventual prescrição de possíveis sanções delas decorrentes.

Nas hipóteses em que comunicada suposta falta disciplinar e remoto o atendimento a requisito objetivo a qualquer benefício prisional, a hipótese é de designação de audiência cujo objeto seja exclusivamente a apuração do incidente.

Em essência foi essa a modificação implementada e premiada.

---

11. "Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, a sentença. (...) § 3.° O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença."

12. "Como vimos, a Lei 11.719/2008 parece disposta a implementar um ritmo mais célere nos procedimentos criminais. A primeira providência nesse sentido foi a concentração dos atos instrutórios em uma única audiência, na qual se ouviriam o ofendido, as testemunhas (de acusação e de defesa), peritos, assistentes técnicos (quando admitido – art. 159, § 5.°, II, do CPP), encerrando-se com o interrogatório do acusado. Naturalmente, acareações e outras diligências de igual natureza (reconhecimento de pessoas, por exemplo) também seriam realizadas naquela assentada (art. 400 do CPP). E, mais. Também atos tipicamente postulatórios, caso das alegações finais (agora, orais, como regra), e decisórios, como a sentença, foram reservados para a citada audiência uma. Em tese, não há como não aplaudir." (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 540-541.)

A nova proposta metodológica produziu substantivos benefícios na realidade da Vara de Execuções Penais de Governador Valadares-MG, todos devidamente registrados e comprovados, a saber: o encerramento completo das hipóteses de aprisionamento por prazo superior ao definido em lei, seja sob a ótica de obtenção de benefício, seja no enfoque da extinção completa da pena pelo cumprimento, o que incrementa a cidadania do encarcerado por reafirmar seu direito ambulatório; põe fim ao dispêndio de recursos públicos para a manutenção no cárcere de cidadão que haveria de estar solto ou em regime mais brando; e contribui, de modo efetivo e sem ônus, para o combate à superpopulação carcerária.

Não bastasse isto, a prática enseja a diminuição substantiva das atividades da secretaria da unidade judiciária, eis que a concentração de atos processuais acaba por desonerar os servidores da prática de outros tantos (v.g., requisição de atestado, sua juntada aos autos, expedição de folha de antecedentes criminais e certidão de antecedentes criminais, sua juntada aos autos, vista às partes, juntada das respectivas manifestações, conclusão ao magistrado e intimação da decisão).

Especificamente no tocante ao encerramento do dispêndio de recursos públicos com a manutenção de cidadãos encarcerados por prazo superior ao legal, uma indicação concreta servirá ainda mais à adequada demonstração dos efeitos da prática.

A teor do relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, instaurada em 2008, o custo para a manutenção mensal da custódia de uma pessoa, em Minas Gerais, era de R$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais), ao passo que a abertura de vaga no regime fechado, também em Minas Gerais, demandava o investimento de R$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais).[13]

Ora, o cotejo dos mencionados valores indica que o encarceramento de 16 cidadãos por prazo superior ao legal correspondente a um mês repercute no dispêndio de recursos que seriam suficientes à abertura de nova vaga em regime fechado.

A conclusão é ainda mais incisiva se sopeados, de um lado, todos os encarceramentos indevidos existentes no país, amplamente divulgados nos relatórios dos mutirões carcerários do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, assim como, de outra banda, o lapso temporal decorrente da conjugação de todos eles, o que demonstra, com veemência constrangedora, o quantitativo de recursos públicos cujo dispêndio poderia ser evitado com a implantação da prática.

O cotidiano da metodologia adotada revelou, ademais, a grande redução do afluxo de sentenciados, familiares e advogados à unidade judiciária, reduzindo o número de atendimentos por parte dos servidores e, por conseguinte, desonerando-os e dispensando-os para a prática de outras atividades inerentes à função.

13. [http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701].

Percebe-se, outrossim, que diminuta alteração metodológica no gerenciamento da atividade judicante repercutiu em melhoria considerável da eficiência da prestação da tutela, salvaguardando a liberdade dos encarcerados de maneira eficaz e sem aporte adicional de recursos.

4. INDICADORES ESTATÍSTICOS DA EFETIVIDADE DA PRÁTICA

Prosseguindo no exame das benesses decorrentes da metodologia adotada, agora sob aspecto estatístico, deve ser sublinhado que, em razão de a nova prática exigir controle mais rigoroso dos relatórios gerenciais, acabou por ensejar representativo aumento das baixas processuais na secretaria, o que também redunda na facilitação da atuação dos serventuários da respectiva unidade jurisdicional, eis que encarregados de número menor de processos.

A título demonstrativo, deve ser sublinhado que, entre 2010 e 2013, o número de baixas processuais por ano na Vara de Execuções Penais de Governador Valadares-MG aumentou de 139 para 356, o que representa majoração de 156,1%.

Noutro plano, ainda no que diz respeito aos reflexos benéficos da prática, constatou-se que a alteração do método de atuação importou na redução representativa dos atos de indisciplina perpetrados no interior do sistema prisional.

Identificou-se, na espécie, gradativa conscientização dos encarcerados de que haveria rigoroso respeito ao exame de benefícios prisionais exatamente no dia em que implementado o respectivo requisito objetivo, circunstância que estimulou profundamente a melhoria do comportamento carcerário, ensejando a diminuição de atos de indisciplina.

Para fins de demonstração numérica de tal ocorrência, há de ser anotado que, entre os anos de 2010 e 2013, a média mensal da população carcerária no Presídio de Governador Valadares aumentou de 540,25 para 584,66 reclusos. A despeito disto, os atos de indisciplina na referida unidade foram mantidos praticamente inalterados, eis que elevados de 269 para 272.

Não fosse isso suficiente, assume inexorável importância depoimento prestado por recluso da cidade de Governador Valadares-MG ao vídeo institucional da X Edição do Prêmio Innovare quando, revelando os reflexos do *Projeto Cidadania Prisional* sobre o comportamento dos sentenciados, afirmou "se a Justiça te libera no dia certo, é porque a lei se cumpriu, se o direito foi te dado então você respeite, que a confiança não é comprada e sim conquistada" (depoimento de A. A. S.).[14]

14. Mídia em DVD elaborada pelo Instituto Innovare para divulgação dos premiados do ano 2013.

A avaliação dos benefícios identificados como decorrentes da prática adotada indica sua eficiência no encerramento das hipóteses de encarceramento por lapso superior ao legal, entretanto, ainda assim, deve ser destacado que o êxito da metodologia decorre diretamente da desnecessidade de investimentos, materiais e humanos, para sua implantação e da simplicidade de seu funcionamento, que decorre apenas da readequação dos métodos de trabalho da respectiva unidade jurisdicional.

O cenário, como se vê, é amplamente favorável à adoção da nova metodologia de processamento das guias de execução.

Leitura apressada, entretanto, pode induzir à conclusão de que o Projeto *Cidadania Prisional* seria inviável em determinadas unidades judiciárias, sobretudo aquelas de maior porte, ao argumento de que há, como consequência de sua adoção, aumento do número de audiências a serem realizadas, o que poderia inviabilizar o adequado cumprimento da pauta.

Não é o que se verificou no cotidiano da Vara de Execuções Penais de Governador Valadares-MG, senão vejamos:

Em primeira plana, a adoção da prática revelou consequência inesperada, consistente na substancial redução de processos que aportam no gabinete em conclusões diárias, o que desonera o magistrado do encargo de apreciar e decidir inúmeras questões, possibilitando, outrossim, que haja dedicação mais extensa a uma maior pauta de audiências.

Não bastasse isso, a mencionada unidade judiciária, cuja competência é exclusiva e privativa em relação às execuções penais de penas privativas de liberdade e restritivas de direito, tinha, em 2013, média de 1.300 cidadãos encarcerados, além de 4.923 processos em andamento, englobando um total de 5.296 guias de execução em trâmite.

No período de setembro a dezembro de 2013 foram realizadas na Vara de Execução Penal de Governador Valadares-MG 670 audiências, das quais 173 tinham por objeto apenas a concessão de benefício prisional (admonitórias), ao passo que outras 19 eram audiências de justificação nas quais, afastada a falta atribuída, realizou-se conversão em audiência admonitória.

Neste contexto de 670 audiências em cerca de 90 dias, foram concedidos 222 benefícios prisionais, dos quais 110 repercutiram na expedição de alvará de soltura, o que denota que aproximadamente a sexta parte dos eventos ensejaram a libertação de sentenciados, enquanto em um terço dos casos houve concessão de benefícios.

Considerando o número de dias úteis no período, autorizada a conclusão de que se tem média de 8,5 audiências por dia, com duração aproximada de 31 minutos cada, em virtude da adoção da prática em unidade judiciária com aproximados 5.000 processos ativos.

Como se vê, a média de audiências perante a substantiva redução das conclusões diárias indica, indubitavelmente, que a prática implementada, apesar de aumentar a média de audiências diárias, diminui de maneira considerável o número de processos a serem apreciados diariamente.

A título comparativo, absolutamente pertinente o cotejo dos índices decorrentes da implantação do Projeto *Cidadania Prisional* na Comarca de Governador Valadares-MG com aqueles ostentados por outras unidades judiciárias.

No particular, adequado que a comparação se processe com os resultados do Mutirão Carcerário realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ – no Estado da Paraíba em 2011, tendo em vista que neste evento foram quantificadas 4.738 condenações em execução, ao passo que em Governador Valadares têm-se 4.923 processos de execução ativos.

Na Paraíba, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – identificou 885 processos com algum benefício pendente, quantitativo correspondente a 18,67% dos processos em trâmite, ao passo que em Governador Valadares-MG não há um único benefício pendente, consoante certificou o respectivo escrivão judiciário.

Estes índices, de um lado, indicam a eficiência da prática adotada na Vara de Execuções Penais de Governador Valadares-MG, mas, principalmente, de outro lado, têm o condão de estabelecer parâmetros razoáveis para a avaliação da conveniência da aplicação da novel metodologia em unidades judiciárias com maior número de agentes encarcerados.

A este respeito, a propósito, deve ser dito que, de regra, as unidades judiciárias encarregadas por maior número de sentenciados presos são aquelas situadas na mesma comarca que grandes unidades prisionais, as quais, por corolário, mantêm em seus quadros sentenciados cujas penas são maiores.

Tal constatação ratifica a aplicabilidade e, sobretudo, a eficiência da técnica adotada nas unidades judiciárias de maior porte, especialmente porque, como dito, relativamente aos sentenciados cujas penas sejam maiores, haverá poucas audiências admonitórias e com grande intervalo entre si, decorrente do longo tempo referente ao cumprimento de parcela da pena.

5. CONCLUSÕES

O presente estudo, cujo objeto consistiu em prática premiada pela X Edição do Prêmio Innovare, na categoria Juiz Individual, externou, inicialmente, os resultados que a modificação da metodologia de gerenciamento dos processos judiciais produziu na Vara de Execuções Penais de Governador Valadares-MG.

Os frutos da mudança de metodologia foram, comprovadamente, absolutamente eficientes na salvaguarda do direito ambulatório de sentenciados, notadamente

os encarcerados, encerrando quaisquer hipóteses de manutenção da custódia por prazo superior ao legal.

Ademais, por via reflexa, as alterações gerenciais decorrentes dos novos métodos de trabalho desoneraram o erário dos custos da manutenção de agentes encarcerados por prazo superior ao legal, contribuindo fortemente para a abertura de vagas no sistema prisional; reduziram a carga de trabalho dos servidores da unidade judiciária; e diminuíram de modo representativo os atos de indisciplina no sistema prisional.

Tal cenário repercute, invariavelmente, na pertinência de que a prática em comento, seja por sua eficiência, seja por sua simplicidade ou ainda pela total ausência de custos, possa ser considerada como parâmetro para outras unidades judiciárias, cujos gestores haveriam de avaliar a conveniência da alteração, ainda que parcial, dos métodos de trabalho aplicados.

O cenário, todavia, merece leitura mais ampla, tendente a constatar que, na verdade, a utilização variada de instrumentos típicos da técnica processual, notadamente quando informada pelos princípios da oralidade e da concentração, se reveste de elemento absurdamente competente no resguardo da eficiência do Judiciário, a qual, no âmbito da Execução Penal, detém relação direta com o dogma da celeridade processual e, principalmente, com a liberdade dos cidadãos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

FOLEY, Conor (coord.). *Outro sistema é possível – A Reforma do Judiciário no Brasil*. Brasília: International Bar Association, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal anotada*. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública*. São Paulo: Ed. LTr, 2001. p. 27-28.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Adeildo. *Da execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Rodrigo Torres; MATTOS, Virgílio de (org.). *Estudos de execução criminal – Direito e psicologia*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Conselho Regional de Psicologia, 2009.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e execução penal*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

SILVA, Jane Ribeiro (org.). *A execução penal à luz do método Apac*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2012.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Crise na execução penal: da assistência, de Renato Flávio Marcão – *RT* 822/444-455, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/997-1012 (DTR\2004\920);
- Em busca do devido processo na execução penal, de Cláudio do Prado Amaral – *RBCCrim* 81/161-194 (DTR\2009\638);
- Execução penal e falência do sistema carcerário, de Maria Thereza Rocha de Assis Moura – *RBCCrim* 29/351-363, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/879-892 (DTR\2000\3);
- O direito de execução penal brasileiro: uma análise à luz do pensamento criminológico, de Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub e Josué Modesto Passos – *RBCCrim* 23/155-170 (DTR\1998\280); e
- Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado, de Antonio Scarance Fernandes – *RBCCrim* 3/83-99, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/245-268 (DTR\1993\290).

82030

Os apartes do Tribunal do Júri à luz da Constituição Federal

Heckling in jury trials in the light of the Federal Constitution

William César Pinto de Oliveira

Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Escola Paulista de Direito. Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Prática jurídica penal na Faculdade de Direito do Centro Universitário Anhanguera de Leme-SP. Advogado criminalista.
william.cesar@anhanguera.com

Área do Direito: Processual; Constitucional; Penal

Resumo: Este estudo aborda os apartes, durante os debates em plenário no Tribunal do Júri, à luz dos princípios constitucionais relativos ao Direito Processual Penal, dando especial ênfase ao princípio da plenitude de defesa, buscando demonstrar que a recente inovação legislativa trazida pela Lei 11.689/2008 no que tange à regulamentação dos apartes, veio para adequar os debates em plenário à Constituição Federal de 1988. Nessa perspectiva, o trabalho discorre sobre o moderno processo penal e a sua relação com a Constituição Federal, analisando pontualmente os princípios constitucionais relacionados ao Tribunal do Júri e também os apartes, buscando as suas origens, o conceito e a natureza jurídica da intervenção no discurso do orador, dissertando a respeito das espécies de apartes, da legitimação, das finalidades e das vedações, analisando também a função do juiz presidente, com amparo na doutrina e na jurisprudência, para alcançar o objetivo proposto, confirmando a proposição segundo a qual os apartes encontram esteio na Carta Política.

Palavras-chave: Tribunal do Júri – Apartes – Debates – Plenitude de defesa – Constituição Federal – Direito Processual Penal.

Abstract: This study covers the heckling during the plenary debates of the jury, upon constitutional principles relating to the Criminal Procedure Law, with particular emphasis on the principle of legal defense, in the attempt to demonstrate that the recent legislative innovation introduced by Law 11.689/2008, and as it comes to the regulation of heckling, will adjust the debates that take place in plenary to the Federal Constitution of 1998. From this perspective, the paper brings about the modern criminal process and its relation with the Federal Constitution, analyzing punctually constitutional principles related to the jury, and also the heckling, seeking its origins, the concept and legal intervention in the speech of the speaker, disserting on forms of heckling, the legitimization, the purposes and prohibitions, also looking into the judge's roles, in supported by doctrine and jurisprudence, in order to achieve the aim, confirming the proposition that heckling find support in the Constitution.

Keywords: Jury – Heckling – Debates – Legal defense – Federal Constitution – Criminal Procedure Law.

Sumário: Introdução – 1. O Tribunal do Júri e a Constituição Federal: 1.1 O Tribunal do Júri na Constituição Federal de 1988: 1.1.1 Competência para o julgamento dos crimes dolosos contra

a vida; 1.1.2 Soberania dos veredictos; 1.1.3 Sigilo das votações; 1.1.4 Plenitude de defesa; 1.2 Processo penal constitucional – 2. Apartes: 2.1 Origem, conceito e natureza jurídica; 2.2 Espécies; 2.3 Legitimação; 2.4 Finalidades; 2.5 Vedações: 2.5.1 A função do juiz presidente – 3. Os apartes na jurisprudência: 3.1 Análise das decisões – 4. Os apartes e a Constituição Federal: 4.1 Os apartes sob a ótica constitucional – Conclusão – Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O que se busca demonstrar com este estudo é que a regulamentação dos apartes durante os debates no Tribunal do Júri, trazida pela Lei 11.689, de 09.06.2008, que incluiu, dentre as atribuições do juiz presidente, a função de regulamentar a intervenção de uma das partes quando a outra estiver com a palavra, veio para alinhar o julgamento popular, e sobretudo os debates, à Constituição Federal. Para tanto, o trabalho traz uma detida análise dos apartes à luz do princípio da plenitude de defesa, que encontra arrimo no art. 5.º, XXXVIII, *a*, da Carta Magna, mas sem ignorar os outros princípios constitucionais inerentes ao processo penal que, consoante se verá adiante, também se relacionam com o tema em questão. O estudo alicerça-se na doutrina e na jurisprudência relacionadas à matéria.

O primeiro capítulo aborda o Tribunal do Júri, as suas origens remotas, o enfoque emprestado pela Constituição Federal à instituição e os princípios que lhe dão alicerce. Trata, portanto, da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, da soberania dos veredictos, do sigilo das votações e da plenitude de defesa, que funcionam na condição de garantias fundamentais. No mesmo capítulo, mas num segundo momento, evidencia-se que, modernamente, deve o processo penal ser pensado, estudado e aplicado sempre em função da Constituição Federal, que lhe serve de norte e de arrimo, visando alcançar a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, e o respeito ao indivíduo. Tem-se no primeiro capítulo as bases que sustentam o estudo relativo aos apartes.

O segundo capítulo, por sua vez, cuida especificamente dos apartes, apresentando a sua origem, seu conceito e sua natureza jurídica, discriminando as suas espécies. Aborda ainda a legitimação dos apartes que, como se verá, já deu margem a divergências, as finalidades, as vedações e a importante função do juiz presidente no que diz respeito à intervenção de uma das partes no discurso da outra.

O terceiro capítulo traz uma análise da jurisprudência no que tange ao objeto do trabalho, analisando precedentes de diferentes Estados da Federação. Essa análise abrange alguns dos tópicos tratados no terceiro capítulo, talvez os mais polêmicos, sob a ótica dos Tribunais, especialmente em relação à possibilidade de resultarem os apartes na anulação do julgamento, por força de violação à plenitude de defesa.

OLIVEIRA, William César Pinto de. Os apartes do Tribunal do Júri à luz da Constituição Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 275-316. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

Por fim, o derradeiro capítulo aborda a relação entre os apartes e a Constituição Federal, notadamente no que toca ao princípio da plenitude de defesa, com o escopo de evidenciar que o legislador ordinário, como já destacado, ao regulamentar o tema, buscou alinhar os debates no tribunal popular à Constituição Federal e que a aplicação do direito no que toca aos apartes deve manter-se atrelada a isso.

Tem-se aqui uma análise científica e, na medida do possível, isenta de paixões e preconceitos. O leitor poderá verificar que a regulamentação dos apartes, longe de favorecer acusadores ou defensores, almeja propiciar julgamentos mais justos, e essa é a razão pela qual o estudo dedica espaço às vedações e à função do juiz presidente, para que não se imagine que as intervenções possam ser livres e desregradas. Não importa, portanto, para o objeto do trabalho, se os apartes, no dia a dia forense, costumam ser mais ou menos utilizados por acusadores ou defensores, pois o estudo careceria de dados empíricos que pudessem lastrear conclusões confiáveis. O que importa, vale dizer, é que os apartes podem ser empregador por ambas as partes, desde que, evidentemente, em obediência à legislação e à Constituição Federal.

E é com base na premissa de que as intervenções podem ser realizadas tanto por acusadores quanto por defensores, indistintamente, que o estudo parte para um enfoque constitucional que, consoante se verá, legitima a utilização dos apartes na mesma medida em que obsta excessos e abusos que poderiam prejudicar a plenitude de defesa e a formação da convicção por parte do Conselho de Sentença. Ademais, poder-se-á verificar que esse enfoque constitucional, amparado por postulados garantistas que afastam o processo penal da imagem ultrapassada de mero veículo de aplicação da lei penal, transmudando-se em instrumento de garantia, não permitiria nenhuma conclusão que favorecesse acusadores ou defensores. É preciso desmistificar os apartes, ampliando a discussão a respeito do tema.

O estudo lastreia-se, notadamente, na doutrina, mas não deixa de analisar a jurisprudência, que traz preciosas contribuições de ordem prática. Além disso, os apartes trazem consigo questões retóricas e linguísticas que, conforme se verá, não passaram despercebidas e também mereceram apontamentos, embora prevaleçam os aspectos jurídicos relacionados à matéria, até mesmo para que seja mantido o foco do trabalho.

Até o momento, não foram muitos os autores que se aprofundaram no estudo do tema, embora vários façam menção aos apartes, limitando-se, porém, a justificar a possibilidade de intervenção no discurso do orador ou a reproduzir o texto legal relativo à matéria. A jurisprudência também não é vasta, mas nada disso impediu a realização do estudo, que nunca recusou nenhuma contribuição, por menor que fosse.

OLIVEIRA, William César Pinto de. Os apartes do Tribunal do Júri à luz da Constituição Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 275-316. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

No Tribunal do Júri, como é sabido, ganham realce a dialética e a retórica, por força do princípio da oralidade, que prepondera na mais democrática instituição jurídica brasileira, e quem já teve a oportunidade de assistir ou de participar de um julgamento sabe que os apartes ostentam um papel fundamental em meio aos debates, que visam sempre, e acima de tudo, convencer os sete jurados pelo discurso.

1. O TRIBUNAL DO JÚRI E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1.1 O Tribunal do Júri na Constituição Federal de 1988

O júri, em seus contornos modernos, consolidou-se num contexto em que a magistratura, exercida por elementos da aristocracia,[1] obedecia às orientações da monarquia e das dinastias das quais dependiam, não oferecia aos jurisdicionados julgamentos imparciais e justos.[2] Em não havendo juízes independentes, melhor se afigurava o julgamento realizado pela própria sociedade, como forma de combater e evitar o arbítrio e os abusos do soberano.

"Em verdade, nasceu o júri, autenticamente, na Inglaterra de 1215, como um direito fundamental, pois era uma garantia de julgamento imparcial, feito pela própria sociedade, contra o absolutismo do soberano. Espalhou-se pela Europa sob o mesmo critério, dando ares de direito individual do homem contra o abuso estatal".[3]

Conforme prescreve o art. 5.°, XXXVIII, da CF,[4] é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Impende observar, por oportuno, que o júri encontra-se inserido dentre os direitos e garantias fundamentais previstos pela Constituição de 1988. O Tribunal do Júri pode ser encarado, em primeiro plano, como uma garantia individual formal, dada a inserção no capítulo referente aos direitos e garantias individuais, mas é, sobretudo, um direito do cidadão de participação na administração da justiça do país, como observa Nucci.[5] Funciona o tribunal popular, ao mesmo tempo, como garantia de ser o indivíduo julgado por seus pares e como

1. SAHID, Maluf. *Direito constitucional*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1986. p. 437.
2. NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira Ed., 1999. p. 33.
3. Idem, p. 36.
4. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
5. NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais* cit., p. 55.

direito de participar da administração da justiça. No entanto, como bem assinala Nucci, nada resolveria situar o Tribunal do Júri dentre os direitos e garantias individuais, como devido processo previsto para a formação da culpa dos acusados da prática de crimes dolosos contra a vida, se não forem observados os parâmetros impostos para o seu funcionamento,[6] ou seja, os princípios-garantia também previstos pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Embora não se ignore a importância de todos os princípios-garantia, interessa-nos principalmente, em razão do objeto do presente trabalho, a plenitude de defesa. Isso não quer dizer que os demais princípios atinentes à matéria não serão analisados, já que, como destacado alhures, fazem parte da essência do tribunal popular enquanto garantia, mas a ênfase maior será dada à plenitude de defesa, que merecerá um exame mais aprofundado. Sabe-se que tais princípios devem ser obedecidos no que concerne à aplicação da legislação infraconstitucional e também na produção de normas pelo Poder Legislativo.[7] A regulamentação dos apartes, levada a efeito pela Lei 11.689, de 09.06.2008, consoante se demonstrará, veio justamente para adequar a realização dos debates em plenário ao princípio da plenitude de defesa e ao sistema de direitos e garantias fundamentais estabelecido pela Constituição Federal.

1.1.1 Competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida

Antes de tudo, merece ser examinada a competência do Tribunal do Júri, a fim de estabelecer, logo de início, quais crimes podem ser submetidos a essa modalidade de julgamento. O art. 5.°, XXXVIII, da CF oferece a resposta, assegurando a competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, quais sejam: homicídio, infanticídio, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio e o aborto. Fala-se em competência mínima em virtude da possibilidade de ampliação da competência do tribunal popular pelo legislador ordinário.[8]

Essa regra abrange os crimes consumados e tentados, bem como os delitos conexos. Ou seja, além dos já citados delitos dolosos contra a vida, é possível que outros crimes sejam submetidos à apreciação do tribunal popular, desde que haja conexão. Em resumo, a competência abarca os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, bem como os crimes conexos, nos termos da legislação processual. Impende destacar que não se trata de regra absoluta,[9] pois a própria Cons-

6. Idem, p. 79.

7. Idem, ibidem.

8. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 78.

9. Idem, p. 79.

tituição Federal afasta a competência do tribunal popular, prevendo foros especiais para o processo e julgamento dos ocupantes de determinados cargos, tal como se verifica nos arts. 29, VIII, 96, III, 108, I, *a*, 105, I, *a* e 102, I, *b* e *c*. As Constituições estaduais, fugindo à regra, também podem prever exceções semelhantes, conforme ensina a doutrina.[10]

"O que a lei não pode é subtrair do Júri o julgamento de crime doloso contra a vida, consumado ou tentado, para atribuí-lo a outro órgão, a não ser que a própria Constituição o faça, mesmo porque ela pode excepcionar a si mesma, tal como fez nas hipóteses de competência pela prerrogativa de função".[11]

Salta os olhos, portanto, a impossibilidade de restrições à competência do Tribunal do Júri por vias transversas, e é isso o que interessa ao estudo desenvolvido. Nucci assevera que, ao prescrever a competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, o legislador constituinte buscou evitar o desaparecimento do tribunal popular, que poderia ocorrer caso a fixação da competência fosse relegada à legislação ordinária, tal como aconteceu em outros países.[12]

1.1.2 Soberania dos veredictos

O termo soberania dos veredictos foi empregado pela primeira vez na Carta Constitucional de 1946 e acabou sendo resgatado pela atual Constituição Federal. Como lembra Nucci, não faltaram críticas à utilização do termo soberania, mas a verdade é que o legislador pretendeu emprestar ao júri um caráter de supremacia, que não se confunde com o significado verificado em outros ramos do direito com relação ao poder estatal.[13] Não se deve confundir a expressão com a soberania do Estado. A questão diz respeito à possibilidade de reforma das decisões proferidas pelo Tribunal do Júri pelos Tribunais Superiores. O legislador constituinte preferiu, por cautela, voltar a incluir a soberania dos veredictos dentre os direitos e garantias fundamentais no contexto do tribunal popular, para assegurar, de uma vez por todas, a última palavra aos jurados, que já esteve sujeita a reforma em períodos autoritários, como em 1937 e em 1967.

"Apesar disso, doutrina e jurisprudência não alteraram o entendimento majoritário que existia no sentido de manter intocada a soberania dos veredictos, especialmente porque o Código de Processo Penal, de 1941, continuava em vigor. Pela

10. Idem, p. 80.

11. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 717.

12. NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 34.

13. NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais* cit., p. 83.

lei processual, o máximo que o Tribunal Superior pode fazer, em caso de decisão injusta do júri, é submeter o caso a novo julgamento pelo próprio colegiado (art. 593, § 3.º)".[14]

Não fica excluída a possibilidade de submeter o caso a novo julgamento, pelo próprio Tribunal do Júri, quando ocorrer nulidade posterior à pronúncia, quando for a sentença do juiz presidente contrária à lei ou à decisão dos jurados e quando for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, existindo ainda a possibilidade de reforma da sentença em caso de erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança. Impossível esquecer, também, das hipóteses de absolvição sumária, desclassificação e impronúncia, que não violam a soberania dos veredictos. A esse respeito, parafraseando Marques Porto, Nucci lembra que "(...) deve ser combatido o 'gigantismo absorvedor' da instituição, de forma que não se pode impedir o magistrado de exercer o seu poder de convencimento afastando do tribunal popular infrações não cabíveis às suas atribuições".[15]

Doutrina e jurisprudência admitem, no entanto, que a soberania dos veredictos pode ceder em favor do acusado, através da revisão criminal, não obstante os argumentos em contrário destacados por Nucci.[16] Todavia, em que pese a relevância dessa discussão e as respeitáveis opiniões, um maior aprofundamento a respeito do tema fugiria aos propósitos deste trabalho, que mais se amolda, como se verá, à análise do princípio da plenitude de defesa. Destarte, tem-se que o princípio em análise garante que deverá prevalecer sempre a decisão dos jurados para dar desfecho à ação penal. Portanto os veredictos podem ser revistos e deve haver controle por parte do juiz togado no que diz respeito à competência do júri, com o escopo de evitar decisões arbitrárias e injustas, pois a soberania almeja apenas garantir que, nos crimes dolosos contra a vida, a última palavra será dada pelos jurados.[17]

1.1.3 Sigilo das votações

Como destaca Nucci, "É da tradição do Tribunal do Júri, inclusive em outras legislações estrangeiras, proporcionar aos jurados a votação em sala especial, longe das vistas do público".[18] A Constituição Federal, no art. 5.º, XXXVIII, *b*, assegura, nos julgamentos realizados pelo tribunal popular, o sigilo das votações, para "(...)

14. Idem, p. 85.
15. Idem, p. 86.
16. Idem, p. 124.
17. NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais* cit., p. 88.
18. NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri* cit., p. 31.

assegurar que o julgamento fosse o mais imparcial possível, espelho fiel da soberania do colegiado".[19] A respeito do tema, Machado lembra que o sigilo das votações é uma exceção ao princípio da publicidade, justificada pela necessidade de se garantir a liberdade e a independência dos votos do Conselho de Sentença, evitando qualquer tipo de pressão ou influência sobre os jurados.[20] Nesse diapasão, adverte Moraes que o sigilo das votações " (...) significa que a liberdade de convicção dos jurados deverá ser sempre resguardada".[21]

De acordo com o art. 485, *caput*, do CPP "o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial para fim de ser procedida a votação". Contudo, em não havendo sala especial, a votação ocorrerá em plenário, sem a presença do público, conforme determina o art. 485, § 1.°, do Diploma Processual Penal.

1.1.4 Plenitude de defesa

Se considerado o moderno processo penal, interpretado sempre à luz do postulado da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais,[22] poder-se-ia concluir que todos os acusados têm, indistintamente, o direito a uma defesa plena, independentemente do procedimento a ser adotado. Greco Filho, por exemplo, chega a asseverar que "a plenitude de defesa não é diferente da exigida no processo penal em geral".[23]

Majoritariamente, porém, prevalece a posição segundo a qual as expressões ampla defesa e plenitude de defesa não provêm de redundância por parte do legislador constituinte, mas sim de uma diferenciação proposital,[24] decorrente das peculiaridades do julgamento pelos juízes leigos. Isso se deve principalmente, conforme preciosa lição de Fernandes, à ausência de motivação das decisões proferidas pelo tribunal popular.

"Quis o legislador constituinte, além da ampla defesa geral de todos os acusados, assegurar aos acusados do júri mais, ou seja, a defesa plena, levando em conta

19. NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais* cit., p. 166.

20. MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 180.

21. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 77.

22. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. vol. 1. p. 27.

23. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 389.

24. NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais* cit., p. 139.

principalmente o fato de que, diferentemente das decisões judiciais nos processos em geral, a decisão dos jurados não é motivada".[25]

Nesse mesmo diapasão, Nucci afirma que "Um tribunal que decide sem fundamentar seus veredictos precisa proporcionar ao réu uma defesa acima da média e foi isso o que o constituinte quis deixar bem claro".[26] Ou seja, há diferenças entre a ampla defesa e a plenitude de defesa, e isso decorre especialmente da ausência de motivação das decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, como forma de assegurar aos acusados uma defesa irretocável.

"A ampla defesa é a possibilidade de o réu defender-se de modo irrestrito, sem sofrer limitações indevidas, quer pela parte contrária, quer pelo Estado-juiz, enquanto a plenitude de defesa quer significar o exercício efetivo de uma defesa irretocável, sem qualquer arranhão, calcada na perfeição – logicamente dentro da natural limitação humana".[27]

Nos julgamentos levados a efeito perante o juiz togado, pode o magistrado suprir eventuais falhas por parte da defesa e filtrar eventuais excessos por parte da acusação, o que não acontece no Tribunal do Júri, onde os magistrados de fato são leigos e em regra não podem agir na mesma forma.[28] Considerando que o jurado não tem a obrigação de motivar a sua decisão, poderiam advir enormes prejuízos ao acusado no caso de uma defesa imperfeita.

Cumpre lembrar, conforme observa Nucci, que "somente se considerará o princípio-garantia da plenitude de defesa na fase do julgamento que se desenrola em plenário".[29] Embora não tenha lugar no *judicium acusationis*, a plenitude de defesa vigora a partir da formação do Conselho de Sentença, quando podem ser levadas a efeito as recusas imotivadas,[30] que não obedecem às causas de suspeição e impedimento ordinárias.

Além de abarcar o momento da escolha dos jurados, a plenitude de defesa também abarca a instrução em plenário, os debates, a formulação e a votação dos quesitos.[31] Ganham especial relevo, nesses momentos do julgamento, a autodefesa, a

25. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 166.

26. NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais* cit., p. 140.

27. Idem, ibidem.

28. Idem, p. 141.

29. Idem, ibidem.

30. MARQUES, Frederico. Apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais* cit., p. 149.

31. FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 166.

vedação ao uso de algemas, os apartes, o controle da defesa eficiente, o quesito obrigatório de absolvição e os quesitos relativos a eventuais teses apresentadas pelo acusado em seu interrogatório. Pode-se citar como exemplo também algumas questões controvertidas relacionadas à plenitude de defesa, como a possibilidade de inovação na tréplica, a localização física do acusador, a menção aos antecedentes do réu, a limitação do tempo dos debates, dentre muitas outras. No presente estudo, porém, interessam-nos especificamente os apartes, que serão objeto de minuciosa análise no capítulo específico.

Não pretendemos apontar, evidentemente, todos os reflexos da plenitude de defesa no julgamento popular, mas apenas evidenciar, com os exemplos citados, que a defesa em plenário deve ser irretocável, rica, cheia de oportunidades e sem restrições,[32] isso, obviamente, dentro das naturais limitações e da falibilidade humanas. Foi essa a aspiração preponderante do legislador constituinte ao prescrever a plenitude de defesa dentre os princípios-garantia assegurados no tribunal popular. O importante é verificar que a plenitude de defesa é mais abrangente que a ampla defesa e que isso se deve à ausência de motivação das decisões dos jurados. Essa garantia potencializa as oportunidades na mesma medida em que diminui as possibilidades de restrições, para que se possa falar no exercício de uma defesa plena. É nesse contexto que se insere a discussão no que concerne aos apartes, que diz respeito tanto às oportunidades quanto às restrições, como se verá no momento oportuno.

1.2 Processo penal constitucional

Concordam os doutrinadores que, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a exigir que o processo não funcione apenas como veículo de aplicação da lei penal, mas também como instrumento de garantia do indivíduo frente ao Estado.[33] Desde então, fala-se muito na existência de um Direito Processual Penal Constitucional, apresentado por Fernandes como um método de estudo do processo penal à luz da Carta Magna.[34] Greco Filho assevera que o processo penal encontra arrimo na Constituição Federal, que consagra os princípios do regime adotado por uma nação, salientando que o sistema brasileiro revela uma diretriz inequívoca de valorização da pessoa humana,[35] destacando o devido processo legal para a imposição de penas criminais como uma das mais importantes garantias le-

32. NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais* cit., p. 140.

33. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 8.

34. FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 23.

35. GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 40.

gadas pelas declarações universais de direitos, cercado de outras garantias elementares e importantíssimas, como a ampla defesa e o contraditório.[36]

"O processo constitucionalmente estruturado, portanto, atua como indispensável garantia passiva contra o arbítrio do que eventualmente representa o Estado, cabendo ao Poder Judiciário a efetivação dessa garantia".[37]

Dentro dessa perspectiva, a legislação processual penal e todos os seus institutos devem ser interpretados e aplicados em consonância com a nova ordem constitucional, em atenção aos fundamentos da República Federativa do Brasil – com destaque para a dignidade da pessoa humana –, aos princípios e aos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição, embora haja, ainda, quem se apegue a um passado atrelado ao autoritarismo.

Conforme destaca Fernandes: "O íntimo relacionamento entre processo e Estado exige a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual".[38] Essa inserção de princípios e regras de direito processual no texto constitucional tem por objetivo realizar uma justiça penal adequada à ordem constitucional vigente, para que sejam observados e, sobretudo, para que não sejam suprimidos.

Aliás, Lopes Jr. lembra que a aplicação de uma pena depende da existência do delito e também da existência do devido processo legal, como instrumento a serviço da realização do projeto democrático, que tem por finalidade garantir a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal.[39] Com efeito, faz-se impossível dissociar o Direito Processual Penal do Direito Constitucional. Nessa esteira, ganham realce os princípios do contraditório, do juiz natural, da ampla defesa, dentre muitos outros que, uma vez observados, permitem a construção do convencimento judicial por meio de um processo justo.[40] No contexto atual, já não há como deixar de estudar o processo penal sob outra ótica que não seja aquela escorada na Constituição Federal, nos seus fundamentos, valores, princípios, direitos e garantias individuais.

"Como decorrência, o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático é sua instrumentalidade constitucional, ou seja, o processo enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas."[41]

36. Idem, p. 39.
37. Idem, p. 40.
38. FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 22.
39. LOPES JR., Aury. Op. cit., 5. ed., vol. 1, p. 27.
40. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 9.
41. LOPES JR., Aury. Op. cit., 5. ed., vol. 1, p. 115.

Sobre a questão, destacam Mendes, Coelho e Branco, traçando diretrizes para uma interpretação estrutural dos modelos jurídicos, que "(...) toda interpretação jurídica dá-se necessariamente num contexto, isto é, em função da estrutura global do ordenamento".[42] Por isso diz-se que a legislação processual penal já não pode mais ser interpretada isoladamente, mas sim em atenção à Constituição da República Federativa do Brasil. Em razão da amplitude do devido processo legal e dos direitos e garantias fundamentais relativos ao processo penal, conclui-se que há espaço para o estudo de todos os institutos previstos pelo Código de Processo Penal à luz da Constituição Federal. Aliás, pode-se dizer que a análise dos institutos processuais em face da Constituição não reflete apenas uma possibilidade, mas sim uma exigência, uma imposição.

No presente caso, interessa-nos especificamente a análise dos apartes, durante os debates, na segunda fase do procedimento escalonado do Tribunal do Júri, especialmente no que diz respeito à plenitude de defesa, assegurada constitucionalmente, mas sem deixar de lado os demais princípios processuais constitucionais.

2. APARTES

2.1 Origem, conceito e natureza jurídica

Conquanto sempre tenham sido utilizados no Tribunal do Júri, a única referência legislativa aos apartes nessa modalidade de julgamento, antes da Lei 11.689/2008 e do próprio Código de Processo Penal encontrava-se no Dec. 3.015, de 10.10.1919, numa época em que a legislação processual era atribuição dos Estados. Prescrevia o art. 18 do citado Decreto que: "São permitidos durante os debates do Júri os apartes, curtos, comedidos e que não provoquem tumulto".[43]

"Seu paralelo e fonte de inspiração sempre foram, não obstante, os debates do Parlamento, que, antes de aportarem no País, influenciaram o instituto da *objection*, que é a forma de aparte do Júri inglês dos países da *common law*, em que uma das partes interpõe protesto contra a outra, via do juiz presidente."[44]

Não obstante, há previsão de apartes desde que permitido por quem esteja na tribuna e não tumultuem a sessão, nas sessões de julgamento do procedimento ordinário previsto pelo Código de Processo Penal Militar, nos termos do art. 433, § 8.º. E também há previsão do emprego de apartes no Legislativo, no art. 176 do

42. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 85.

43. BONFIM, Edílson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário* cit., p. 327.

44. Idem, ibidem.

Regimento Interno da Câmara dos Deputados,[45] no art. 14, XII, do Regimento Interno do Senado Federal[46] e no art. 36, V, do Regimento Comum do Congresso.[47] Mas, como já destacado, não havia nenhuma referência aos apartes no Código de Processo Penal de 1941, o que somente ocorreu recentemente, com o advento da Lei 11.689/2008, que incluiu o inc. XII no art. 497 do Código de Rito, prevendo, como atribuição do juiz presidente, regulamentar, durante os debates em plenário, a intervenção de uma das partes, quando a outra estiver com a palavra. Portanto, pode-se dizer que temos agora uma definição legal para os apartes.

Em sentido semelhante, leciona Mossin que: "Aparte, à parte, ao lado, consiste em palavra ou frase pronunciada enquanto outrem está falando".[48] Ainda nessa esteira Nucci, a respeito do aparte, afirma que "Constitui este o direito que a parte possui de interromper o discurso da outra, durante sua manifestação, para, brevemente, expor algum ponto controverso ou prestar algum esclarecimento, no interesse maior do Conselho de Sentença".[49] Há quem entenda, todavia, que não se trata de um direito:

"(...) Também carece de razão a defesa ao alegar cerceamento de seu mister, por ter o Juiz Presidente não lhe ter concedido o direito de fazer 'apartes'. Ora, esse fato constitui mera liberalidade do juiz togado. Sendo assim, se os 'apartes' não forem pertinentes não há qualquer ilegalidade no indeferimento do pedido. Em outras palavras, o 'aparte' não constitui direito subjetivo da defesa. Consequentemente, o juiz pode ou não deferi-lo (...)".[50]

A jurisprudência relativa ao tema será analisada mais à frente, mas pode-se dizer, desde logo, que o precedente citado, embora anterior à regulamentação dos apartes, não está de acordo com a Constituição Federal, na medida em que afronta a plenitude de defesa. Hoje, porém, é possível afirmar com mais segurança que o aparte regulamentado é um direito das partes, embora não seja absoluto, podendo o juiz presidente indeferi-lo, por considerá-lo impertinente ou abusivo, o que não

45. BRASIL. Congresso. Câmara dos deputados. *Regimento interno: Resolução 17, de 1989*. Brasília: Câmara dos deputados, 2011.

46. BRASIL. Congresso. Senado Federal. *Regimento interno: Resolução 93, de 1970*. Brasília: Senado Federal, 2007.

47. BRASIL. Congresso. *Regimento comum: Resolução 1, de 1970*. Brasília: Congresso Nacional, 2011.

48. MOSSIN, Heráclito Antônio. *Compêndio de processo penal: curso completo*. São Paulo: Manole, 2010. p. 577.

49. NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri* cit., p. 202.

50. TJSP, Ap 9162743-67.2011.8.26.0000, 1.ª Câm. Extraordinária, j. 17.11.2004, rel. Des. Machado de Andrade.

implica em dizer que constitui mera liberalidade do juiz, tal como se verifica no aresto transcrito. É possível concluir, como faz Nucci, que o aparte constitui um direito das partes, sendo essa, portanto, a sua natureza jurídica, o que não se confunde com o conceito. A duração e a finalidade dos apartes são elementos que mais interessam à forma, sendo prescindíveis à formulação de um conceito. Cabe esclarecer que nenhuma dessas ponderações está incorreta, no entanto, são dispensáveis quando se trata de esclarecer o que se deve entender por apartes, ou seja, de delimitar um conceito.

Por derradeiro, Tourinho Filho assevera que "Aparte é uma breve interrupção feita ao acusador ou à defesa para esclarecimento relativo à matéria em debate".[51] Não obstante o respeito merecido pelos eminentes doutrinadores citados, que trazem definições que em muito se assemelham, soa mais precisa, até mesmo para que se possa chegar a uma conclusão, a aludida definição legal, segundo a qual o aparte consiste na intervenção de uma das partes quando a outra estiver com a palavra.

Conforme se verá adiante, há duas espécies de apartes e nem todas as intervenções de uma parte no discurso da outra podem ser consideradas como tal, como ocorre, por exemplo, no chamado discurso paralelo. Tornando ainda mais precisa a definição, para atender ao objeto do presente estudo, pode-se dizer que o aparte consiste, pois, na intervenção de uma das partes quando a outra estiver com a palavra, com o consentimento do orador ou mediante autorização do juiz presidente. Considerar qualquer forma de intervenção de uma parte no discurso da outra como aparte, que se traduz em verdadeiro direito, poderia culminar em abusos que não se coadunam com os princípios da plenitude de defesa e do devido processo legal, previstos pela Constituição Federal. A distinção mostra-se importantíssima, especialmente quando se trata de diferenciar o aparte do discurso paralelo, que configura verdadeira ilegalidade, que será analisada mais detidamente junto às vedações.

É preciso deixar claro, ademais, que, além dos apartes, existem outras formas de manifestação de uma das partes enquanto a outra estiver com a palavra. De acordo com o art. 480, *caput*, do Diploma Processual, por exemplo, a acusação e a defesa poderão, a qualquer momento e por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, e essa providência também é assegurada de maneira expressa aos jurados. É possível que o pleito nesse sentido seja realizado por meio de aparte, mas também pode ocorrer durante a instrução em plenário, antes dos debates, no decorrer da inquirição das testemunhas ou do interrogatório. Esse tipo de intervenção ocorre, normalmente, para que seja possível acompanhar a leitura da peça ou para verificar a veracidade

51. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 736.

das informações citadas pela parte contrária, evitando distorções e manobras escusas, que poderiam confundir as impressões dos jurados.

"Na execução e sequência dos debates, o orador que estiver usando a palavra poderá ser instado pelo adversário ou jurado, através de intervenção do juiz presidente, a indicar a passagem dos autos de onde se extrai a peça lida ou mencionada, conforme dispõe o art. 480, *caput*, do CPP. O mecanismo em tela é importante para se preservar a lealdade processual, evitando-se chicanas e cavilações, impróprias a um veredicto que quer realizar justiça na sua plenitude."[52]

"Por fim, regulamentando os debates, o art. 480 determina que as partes e os jurados poderão, a qualquer momento, por meio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça lida ou citada. Isso pode ser feito através de 'aparte' e visa garantir o controle da transparência e fidelidade da fundamentação exposta."[53]

Em remate, não se deve confundir os apartes com a questão de ordem, que é dirigida ao juiz presidente e não à parte contrária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura, conforme prescreve o art. 7.°, X, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil,[54] e tampouco com a arguição de nulidade, nos termos do art. 571, VIII, do Código de Rito. Nesses casos não haverá intervenção direta no discurso da parte adversa, mas sim insurgência direcionada ao juiz presidente para que, no uso de suas atribuições, regule os debates e evite a dissolução do Conselho de Sentença ou a anulação do julgamento. O orador não poderá recusar e nem ao menos evitar a suscitação de questão de ordem ou a arguição de nulidade, pois ambas dirigem-se ao juiz e independem de concordância, ao contrário do que ocorre no aparte consentido.

2.2 Espécies

Consoante já mencionado, os apartes no Tribunal do Júri não contavam com previsão legal antes da Lei 11.689/2008, mas sempre existiram nos julgamentos realizados perante o tribunal popular, sendo aceitos pela doutrina e pela jurisprudência. Atualmente, são dois os tipos de apartes, o consentido, que já era admitido e que consiste em uma concessão do orador, e o regulamentado, que decorre de um requerimento dirigido ao juiz presidente pelo aparteante, conforme leciona Bon-

52. SILVA, Amaury. *O novo tribunal do Júri*. Leme: J. H. Mizuno, 2009. p. 293.

53. LOPES JR., Aury. Op. cit., 3 ed., vol. 2. p. 318.

54. BRASIL. Lei 8.906, de 04.07.1994.

fim.[55] Somente a título de esclarecimento, cabe consignar que o citado autor também se refere ao aparte consentido como aparte livre,[56] mas essa expressão pode passar a impressão de que as intervenções podem ser realizadas livremente, a critério do aparteante, sem que o orador possa recusá-las, o que, conforme se verá, não corresponde à realidade. Parece mais correto, portanto, o emprego do termo aparte consentido, já que a intervenção, nesse caso, depende da concessão do orador.

"Diz-se concessão, porquanto o tempo é destinado por lei às partes e, uma vez interrompido o orador para esclarecimento, retificação, reptos etc. pela parte contrária, depende de sua exclusiva permissão a interferência que se faz."[57]

Lado outro, há quem se refira ao aparte regulamentado como aparte autorizado,[58] mas o aparte previsto expressamente pelo art. 497, XII, do CPP pode ser indeferido pelo juiz presidente sem que a possibilidade de intervenção deixe de existir, razão pela qual o termo aparte regulamentado parece mais apropriado. Superadas as questões conceituais, que não poderiam ser deixadas de lado, a doutrina admite essas duas espécies de apartes.

"De se concluir que a nova estrutura do Júri proporcionou uma classificação dos apartes em consentidos ou autorizados, respectivamente, admitido pelo orador que sofrerá a intervenção e aquele deferido, conforme a previsão do supracitado art. 497, XII, do CPP."[59]

"Os apartes são agora regulados pelo art. 497, XII, do CPP, os quais poderão doravante ser concedidos pelo próprio juiz presidente, sem prejuízo de o tribuno que estiver com a palavra conceder ao outro o aparte solicitado."[60] No aparte consentido, o aparteante solicita a intervenção diretamente ao aparteado, que pode autorizá-la ou não, já que detém a palavra, conforme prescreve o art. 476 do CPP. Nesse tipo de aparte não há nenhuma regra temporal, dependendo apenas do bom senso do aparteante e da vontade do aparteado, que dispõe de meios para fazer cessar a intervenção que, vale lembrar, decorre de uma liberalidade do orador que a autorizou.

"Mas, tratando-se de aparte livre concessão do aparteado, à evidência, não há regra temporal, cronológica, como no aparte regulamentado, mas, sim, regra de bom senso, como reclama a tradição forense, para a qual as partes e os magistrados

55. BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 597.

56. Idem, ibidem.

57. Idem, ibidem.

58. SILVA, Amaury. Op. cit., p. 298.

59. Idem, ibidem.

60. CALVO FILHO, Romualdo Sanches. *Manual prático do Júri*. São Paulo: LEUD, 2009. p. 167.

sempre velaram sem a fixação ou matematicidade do atual aparte previsto no art. 497, XII (regulamentado). Até porque, tratando-se de uma liberalidade do orador, uma concessão, cada uma das partes ao concedê-lo – ou cassá-lo, pedindo a garantia da palavra ao juiz presidente – reconhece que as velocidades da fala são variáveis *persona ad personae*, igualmente a clareza do pensamento na exposição e, cambiáveis, uma e outra, reclamam, por paridade, maior flexibilidade, absolutamente inatingíveis pela rigidez do aparte regulamentado."[61]

"O procedimento adequado para o uso do aparte, no entanto, sem se valer da intermediação do juiz presidente, é pleitear a concessão de breve espaço para manifestação à parte que está discursando em seu tempo regulamentar. Esta, por sua vez, pode conceder de imediato o período para a exposição de uma ideia ou esclarecimento de um ponto, como também pode pedir que o interveniente aguarde mais um pouco, até que determinado plano expositivo seja concluído. Não haveria necessidade de nenhuma intervenção do juiz presidente."[62]

No entanto, pode acontecer de o aparteado não consentir, evitando toda e qualquer tentativa de intervenção, causando prejuízos irreparáveis à parte contrária. Ocorrendo a recusa, surge a possibilidade de o adversário requerer a intervenção diretamente ao juiz presidente, nos termos do art. 497, XII, do CPP, cabendo ao magistrado, por seu turno, analisar a pertinência do aparte, para evitar eventuais excessos e não comprometer a sequência do discurso.[63] Como enfatiza Mossin: "Por questão de paridade, quem estiver com a palavra que foi interrompida terá o direito de ter seu tempo de fala acrescido no espaço temporal gasto para ser feito o aparte".[64] A própria lei traz essa previsão e isso ocorre, no caso do aparte regulamentado, porque o aparteado não pode recusar a intervenção autorizada, de sorte que não poderia suportar o prejuízo decorrente da utilização do tempo destinado por lei à sua fala pela parte contrária, que requereu o aparte.

Pacelli sustenta que o limite de três minutos pode ser superado, desde que haja concordância da outra parte. Nessa hipótese, em verdade, o aparte regulamentado, com o consentimento do aparteado, se transformaria em aparte consentido que, conforme demonstrado, não obedece ao limite temporal imposto pela lei, justamente por se tratar de uma deliberalidade do orador, que pode aceitá-lo ou não. Caso seja admitida a superação desse limite sem o consentimento do orador, deverá haver o acréscimo do tempo correspondente, para que não haja prejuízo.

61. BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de processo penal* cit., p. 598.

62. NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri* cit., p. 202.

63. SILVA, Amaury. Op. cit., p. 298.

64. MOSSIN, Heráclito Antônio. *Compêndio de processo penal*... cit., p. 577.

"A lei fala que o tempo do aparte não poderá ultrapassar três minutos. Contudo, em situações excepcionais, não vemos impossibilidade de que seja ultrapassado esse limite, desde que presente a necessidade e a concordância da outra parte. Evidentemente, todo tempo de apartes deverá ser descontado do prazo concedido a quem estiver com a palavra no momento."[65]

A limitação temporal aplica-se ao aparte regulamentado, já que o orador, não podendo recusá-lo, não poderia ser compelido também a aceitar uma intervenção ilimitada. Tendo o orador a faculdade de recusar o aparte, não poderia, ao consentir, alimentando uma longa discussão, exigir o desconto do tempo despendido. Em caso de eventuais excessos, deve o aparteado insurgir-se ao juiz presidente, para que possa retomar o seu discurso sem ser interrompido pela parte contrária.

2.3 Legitimação

Muito já se discutiu na doutrina pátria a respeito da legitimação dos apartes durante os debates no Tribunal do Júri. Borges da Rosa, por exemplo, numa posição mais extrema, sustentava que os apartes são desnecessários, já que a acusação e a defesa dispõem da réplica e da tréplica para contestar os argumentos uma da outra, chegando a asseverar que, havendo apartes, a réplica e a tréplica não têm razão de ser.[66] Nesse mesmo sentido, vale destacar, apontam as conclusões alcançadas por Mossin:

"Os apartes, a bem da verdade, são desnecessários, tendo em vista que as partes terão oportunidade de contra-argumentação na réplica e na tréplica. Assim, ao invés de se fazer o aparte, muitas vezes é preferível elaborar anotações, e no momento próprio tecer argumentação com mais tempo e melhor colocação".[67]

Todavia, recorda Bonfim que "A doutrina já se mostrava pacífica quanto à pertinência dos 'apartes', desde Magarinos Torres, Roberto Lyra, Câmara Leal até mais recentemente com David Borenstajn, James Tubenchlak, Borges Pereira etc.".[68] Não restam dúvidas a respeito da pertinência e da possibilidade de intervenção de uma das partes no discurso da outra, mas é preciso aprofundar a discussão para

65. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 983.

66. ROSA, Borges da. *Processo penal brasileiro*. 1942 apud MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do Júri: doutrina, roteiros práticos, questionários, jurisprudência*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 324.

67. MOSSIN, Heráclito Antônio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 1998. vol. 3. p. 171.

68. BONFIM, Edílson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 330.

justificar a admissão dos apartes, sobretudo para evitar excessos que prejudiquem a defesa plena. Conforme ensina Nucci, os apartes sempre fizeram parte da tradição forense, despontando como um verdadeiro costume, próprio da dinâmica dos debates, onde vigora o princípio da oralidade. Nessa linha, Bonfim faz referência aos já citados regulamentos *interna corporis* do Legislativo, que admitem o aparte.[69] De outro lado, arrimado em razões distintas, Câmara Leal[70] sustentava que, em não havendo proibição no Código de Processo Penal, os apartes deveriam ser permitidos.

No mesmo sentido:

"Júri. Debates em plenário. Apartes do Ministério Público. Prática não vedada expressamente pelo Código de Processo Penal. Fato que não interferiu com o livre exercício do direito de defesa. Inexistência de prejuízo. Preliminar de nulidade rejeitada. Os apartes do Ministério Público nos debates em plenário do Júri, se não interferiram com o livre exercício do direito de defesa, não podem ser causa de nulidade do julgamento, uma vez inocorrente prejuízo. Durante os debates, a prática tem permitido apartes, não proibidos expressamente pelo Código".[71]

Enquanto uns sustentavam que os apartes deveriam ser admitidos com amparo nos costumes, outros defendiam que a legislação processual penal, ao não proibi-los expressamente, acabava por admiti-los. Este segundo argumento, contudo, não parece ser o mais apropriado, já que também não há, por exemplo, vedação a possíveis intervenções durante os debates orais realizados ao final da instrução no *judicium accusationis*, e não há quem sustente que poderiam ser admitidos.

Cumpre lembrar que o procedimento, em virtude da magnitude constitucional emprestada ao devido processo legal, também se afigura como uma garantia individual e, sabendo-se que a legislação processual não pode esgotar tudo o que poderia eventualmente ocorrer no curso de um processo, soa arriscado admitir práticas das mais variadas com base na ausência de vedação expressa, o que daria margem para toda sorte de abusos e foge à necessária tipicidade dos atos processuais.

"Deveras, a lei, por mais extensa que seja em suas generalizações, por mais que se desdobre em artigos, parágrafos e incisos, jamais poderá conter toda a infinidade de relações emergentes da vida social, que necessitam de uma garantia jurídica (...)."[72]

69. Idem, p. 328.

70. MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Op. cit., p. 324.

71. TJSP, Ap. 86.329-3, 1.ª Câm., j. 07.05.1990, rel. Des. Andrade Cavalcanti, *RT* 659/262.

72. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 186.

"Quando se lida com o processo penal, deve-se ter bem claro que, aqui, forma é garantia. Por se tratar de um ritual de exercício de poder e limitação da liberdade individual, a estrita observância das regras do jogo (devido processo penal) é o fator legitimante da atuação estatal."[73]

Em homenagem ao devido processo legal e à legalidade, não há como admitir a intervenção de uma parte enquanto a outra estiver com a palavra, com base na inexistência de vedação, pois do contrário se estaria abrindo as portas para uma infinidade de práticas que também não encontram óbice expresso na legislação, o que certamente tumultuaria a marcha processual. Ante a lacuna, dizia-se que os costumes legitimavam o aparte, e a doutrina majoritária sempre apontou nesse sentido.

"Resulta o costume da união de dois elementos: a *consuetudo*, que é o uso continuado (elemento externo ou objetivo) e a *opinio juris et necessitatis*, que é a convicção de que a norma é necessária (elemento interno ou subjetivo). A *consuetudo* e a *opinio* são elementos integrantes do processo de formação do costume."[74]

Fala-se em lacuna porque, antes da Lei 11.689/2008, o Código de Processo Penal nada mencionava a respeito dos apartes. Havia verdadeiro vazio[75] no que diz respeito à possibilidade de interrupção da oratória pela parte contrária durante os debates no tribunal popular, que precisava ser suprido em função da dinâmica do procedimento e do predomínio da oralidade,[76] não podendo o juiz presidente quedar-se inerte a esse respeito, numa situação que exigisse a sua pronta intervenção durante a sessão, num momento que envolvesse o emprego de apartes.

"Como sabemos, no que se refere às lacunas, nosso sistema jurídico é um sistema fechado, completo, isto é, sem espaços ajurídicos, porque o próprio direito estabelece os mecanismos de integração; daí se dizer que a lei pode ter lacunas, mas não o direito. Dispõe o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que serve de norma de aplicação geral das normas jurídicas no direito brasileiro: 'Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito'. E o art. 126 do CPC: 'O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.'"[77]

---

73. LOPES JR., Aury. Op. cit., 5. ed., vol. 1, p. 116.
74. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 199.
75. MOSSIN, Heráclito Antônio. *Compêndio de processo penal*.. cit., p. 577.
76. NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri* cit., p. 202.
77. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal* cit., p. 15.

Com o advento da Lei 11.689/2008, o Código de Processo Penal passou a prever, dentre as atribuições do juiz presidente, a regulamentação, durante os debates, da intervenção de uma das partes quando a outra estiver com a palavra, podendo conceder até 3 (três) minutos para cada aparte requerido, que serão acrescidos ao tempo daquele que suportou o aparte. O legislador, consoante se verifica, regulamentou os apartes, de modo que não há mais como se socorrer dos costumes para legitimá-los.

Aparentemente, poder-se-ia concluir que a discussão relativa à legitimação dos apartes perdeu espaço com a regulamentação da questão pelo art. 497, XII, do CPP. Badaró, por exemplo, logo após a reforma legislativa, chegou a asseverar que no novo regime "não é mais o interlocutor que concederá ou negará o aparte à parte contrária: o juiz presidente é que 'poderá conceder' o aparte".[78] Todavia, o referido dispositivo legal não excluiu a possibilidade de solicitação de apartes independentemente de autorização por parte do juiz presidente, pois a parte detentora da palavra pode atender às solicitações da parte adversa, franqueando-lhe a palavra por mera deliberalidade, como visto anteriormente. Isso porque, em muitos casos, o aparteado pode tirar proveito da intervenção, o que, aliás, é muito comum no Tribunal do Júri.

"A modificação em checagem impõe a razoabilidade de se advogar a ideia de que os apartes consentidos continuam a existir, fora da previsão do art. 497, XII, do CPP, possibilitando que qualquer debatedor possa pedir o aparte ao outro (não poucas vezes o orador deseja ser aparteado e provoca tal situação, pois tem a perspectiva de boa, rápida e lógica refutação."[79]

Embora as formas de integração normativa, dentre as quais se inserem os costumes, só tenham lugar em caso de lacunas legislativas,[80] não poderia o juiz presidente obstar um aparte autorizado pelo próprio orador. À parte detentora da palavra deve ser assegurado o juízo de conveniência e oportunidade acerca da aceitação ou da recusa ao aparte solicitado, cabendo ao juiz analisar apenas a conveniência dos apartes regulamentados. O aparte consentido não deixou de existir por conta da normatização trazida pela Lei 11.689/2008. A verdade é que, mesmo antes da regulamentação, caso a parte detentora da palavra autorizasse a intervenção da parte contrária, não seria necessário valer-se nem ao menos dos costumes para justificá-la, haja vista que, em não havendo excesso ou abuso, nenhum prejuízo poderia ser alegado pela parte que autorizou a intervenção. Diz-se isso, evidentemente, em se

78. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Tribunal do Júri*. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 239.

79. SILVA, Amaury. Op. cit., p. 297.

80. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 187.

tratando das intervenções realizadas com o consentimento do orador, que não se confundem com os discursos paralelos, que serão analisados em momento adequado. Tudo leva a crer que o aparte, agora expressamente regulamentado, já encontrava respaldo na plenitude de defesa, por decorrer de mera deliberalidade do orador, que poderia aceitar ou recusar a intervenção do adversário.

2.4 Finalidades

A legislação processual penal não prescreve nenhuma finalidade específica para os apartes, definindo-os apenas como a intervenção de uma das partes quando a outra estiver com a palavra. Considerando que a lei não impõe nenhum tipo de limite material ao aparte, poder-se-ia imaginar que a parte poderia valer-se da intervenção consentida ou regulamentada para fazer o que bem entendesse. Mostrasse imperioso ressaltar, entretanto, que não é isso o que se extrai da doutrina.

Marrey, Franco e Stoco restringem o instituto, asseverando que deve limitar-se "ao propósito de apoiar ou desaprovar asserções ou conclusões de ordem pessoal".[81] Para Nucci o aparte pode ter por finalidades a explicação de algum ponto controverso e o esclarecimento de qualquer dúvida ou contradição.[82] Em semelhante sentido, Machado vislumbra a possibilidade de "esclarecer algum ponto controverso ou solicitar o esclarecimento de algo obscuro ou contraditório que tenha sido dito pelo orador".[83]

Silva admite o aparte como possibilidade de acentuar pontos de vista ou de realizar um contraponto argumentativo. Bonfim, aproximando-se daquilo que normalmente acontece na prática, empresta maior amplitude à intervenção, que, segundo enfatiza "é tanto uma anuência ou elogio quanto pedido de esclarecimento em ponto dúbio, contradição breve a uma afirmativa dada, uma rápida *retortio argumenti*, podendo ser, enfim, mesmo a presença de espírito que, fugaz, revela em poucas palavras um sofisma alheio".[84]

O aparte não pode ficar restrito a apoiar ou desaprovar conclusões de ordem pessoal, ou simples opiniões externadas pelo orador. Há situações em que a parte, sem manifestar nenhum tipo de opinião, distorce o conteúdo de depoimentos ou laudos encartados aos autos, por exemplo, no afã de iludir o Conselho de Sentença ou até mesmo por equívoco. Nada mais eficaz que um aparte numa ocasião como essa, embora não haja asserções de caráter pessoal.

---

81. MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Op. cit., p. 325.
82. NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri* cit., p. 204.
83. MACHADO, Antônio Alberto. Op. cit., p. 211.
84. BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de processo penal* cit., p. 597.

De outro lado, a *retortio argumenti* imediata e a presença de espírito citadas por Bonfim, quando empregadas sem a autorização do orador ou do juiz presidente, além de interromper a fala e o raciocínio, podem redundar em discussões que costumam interferir na comunicação estabelecida com o Conselho de Sentença, prejudicando o entendimento por parte dos jurados e, muitas vezes, chegando a tumultuar os trabalhos. Essas intervenções não autorizadas reclamam à interferência do juiz.

"E de nenhum modo deverá o aparteante – assim como este ou aquele dos oradores – 'permitir-se a liberdade de caçoar do adversário, pilheriando com a parte ou com o seu representante legal. O processo é uma coisa séria e nele são tratados sérios interesses. Por isso, as pessoas que nele intervêm também devem estar sérias e tratar com seriedade as questões. Se é admissível o fino humor, que transparece numa rápida tirada de espírito, inevitável às vezes em certos temperamentos, é intolerável a demonstração de humorismo, a chacota, visando ridicularizar o opositor. Pode-se aniquilar um adversário com argumentos e provas, mas deve-se respeitá-lo sempre pelo que ele representa."[85]

De toda forma, são práticas já enraizadas na instituição e que, quando empregadas de maneira ética e sem leviandade, podem ser admitidas, sempre no interesse maior que é o do Conselho de Sentença. Como já dito, a posição sustentada por Bonfim mais se aproxima daquilo que normalmente acontece nos plenários de julgamento e parece mais razoável, desde que, evidentemente, não se incorra em excessos inoportunos, que poderiam refletir negativamente no exercício da defesa plena.

2.5 Vedações

Muito embora seja admitida a intervenção de uma das partes enquanto a outra estiver com a palavra durante os debates no Tribunal do Júri, deve-se ter em conta que o julgamento, realizado por pessoas do povo, tem por objetivo alcançar uma prestação jurisdicional justa, obedecendo aos princípios constitucionais inerentes ao processo penal, sobretudo àqueles diretamente relacionados ao tribunal popular, já abordados alhures. Pode-se extrair disso, pois, algumas vedações.

Essas intervenções, quando realizadas de maneira abusiva, em desacordo com tais princípios e com a legislação pertinente, podem tumultuar o julgamento de modo a interferir negativamente no convencimento dos jurados. Cabe citar como exemplo a esse respeito um estudo empírico a respeito dos aspectos linguísticos e

85. PIMENTEL, Manoel Pedro. Apud MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Op. cit., p. 325.

retóricos do discurso no Tribunal do Júri, no qual Fagundes destacou que "O 'bate-boca' entre os interlocutores criou uma situação desagradável para os demais ouvintes".[86] Eventuais abusos podem, do mesmo modo, influenciar na duração dos discursos das partes, tomando um tempo precioso da acusação ou da defesa que, além de suportarem as intervenções, deverão dedicar-se, ao menos por prudência, a refutá-las. Em virtude das limitações temporais previstas em lei, é possível que a parte prejudicada não disponha de tempo suficiente para explanar todas as suas teses e argumentos de acordo com o planejado, suportando, com isso, enorme prejuízo.

"O fato de terem sido mais perturbados pelas falas que corriam paralelamente às suas, parece ter tido influência sobre o tempo, ou melhor, a duração do discurso da defesa: houve uma desigualdade de tempo entre acusação e defesa."[87]

Com efeito, de acordo com o art. 477 do CPP, o tempo destinado à acusação e à defesa será de uma hora e meia para cada, e de uma hora para a réplica e outro tanto para a tréplica. Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor esse tempo será dividido, e somente quando houver mais de um acusado o tempo para a acusação e a defesa será acrescido de uma hora e elevado ao dobro na réplica e na tréplica. Nota-se que o tempo, a depender da complexidade da causa, do número de acusados e do número de volumes do processo, pode ser exíguo, notadamente quando o debate for permeado por intervenções. Nessa esteira, Mossin apresenta posição enfática, afirmando que os apartes servem, quase que exclusivamente, para atrapalhar a exposição da parte contrária, tumultuando o trabalho do júri e colocando em dúvida a seriedade da instituição.[88]

Em semelhante sentido:

"Comumente, os apartes têm as consequências seguintes: a) interrompem o discurso da pessoa aparteada, perturbando a exposição, desviando o seu curso, alterando o seu método, e, assim, causam prejuízo grande ou pequeno à dita exposição; b) tornam os debates acalorados, veementes, dando margem a que descambem para discussões inconvenientes, explicações ou ataques pessoais".[89]

É certo que os apartes muitas vezes acabam sendo utilizados pelas partes como técnica, a fim de interromper o raciocínio do orador ou até mesmo de dispersar a

86. FAGUNDES, Valda Oliveira. *O discurso no júri: aspectos linguísticos e retóricos*. São Paulo: Cortez, 1987. p. 115.

87. Idem, p. 116.

88. MOSSIN, Heráclito Antônio. *Curso de processo penal* cit., p. 170.

89. ROSA, Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1982. p. 563.

atenção dos jurados diante de um forte argumento, por exemplo, mas essas práticas, embora questionáveis, não devem autorizar opiniões extremas a respeito das intervenções, que podem ser muito relevantes para o deslinde da causa e, portanto, não poderiam ser rechaçadas *a priori*, sobretudo quando interessarem à defesa. Os apartes são admissíveis, desde que sejam breves, comedidos e moderados, na esteira do escólio de Machado,[90] Marrey, Franco e Stoco.[91] A esse respeito, alerta Calvo Filho que "(...) o tribuno não deve permitir reiterados apartes que, em vez de abrilhantar os debates, podem fazer deles verdadeiras discussões paralelas, inúteis e às vezes desrespeitosas".[92] É preciso, pois, fazer distinção entre os apartes e o discurso paralelo:

"Não se deve confundir o aparte com o denominado discurso paralelo, significando este a manifestação da parte contrária, sem autorização de quem está discursando, provocando a sobreposição de falas e, consequentemente, a ininteligência por parte dos jurados a respeito do que se passa e das ideias desenvolvidas".[93]

É inadmissível que o aparteante, sem pedir autorização ao orador ou ao juiz presidente, nos termos da lei, dê início a um discurso paralelo, ingressando no cenário da ilegalidade, violando o devido processo legal e os princípios constitucionais inerentes ao processo e ao Tribunal do Júri. Também não devem ser admitidos os ataques de ordem pessoal e os excessos de linguagem injustificados, ainda que se trate de aparte consentido. O juiz presidente, por outro lado, deve ser razoável no que diz respeito à quantidade de apartes não consentidos que, em caso de excesso, acabariam substituindo a réplica e a tréplica, podendo causar prejuízos. Haveria enorme prejuízo à defesa, por exemplo, caso a acusação se valesse de inúmeros apartes para rechaçar os argumentos defensivos, mesmo com o acréscimo de tempo, e depois não fizesse o uso da réplica, obstando a tréplica.

O número excessivo de apartes e o discurso paralelo impedem que o discurso flua normalmente, prejudicando o raciocínio do orador e a compreensão dos jurados. Vale dizer, no entanto, que a lei não estabelece um número máximo de intervenções, que ficam sempre a critério do juiz presidente, e que até mesmo no que diz respeito ao discurso paralelo a questão não é pacífica na doutrina, pois há quem os admita e até mesmo estimule:

"Se progredirem apartes para o discurso paralelo, em que refutações sucessivas são encadeadas, não devem ser vistos como recurso de mera retórica, mas com a

90. MACHADO, Antônio Alberto. Op. cit., p. 211.

91. MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Op. cit., p. 325.

92. CALVO FILHO, Romualdo Sanches. Op. cit., p. 167.

93. NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri* cit., p. 203.

perspectiva de se levar ao conhecimento dos julgadores populares o fato, a melhor noção do foco contido nas teses invocadas".[94]

"Mesmo nos discursos paralelos são lançadas pontuações que servem de esclarecimento e alcance quanto à convicção, veracidade ou importância de um determinado assunto ali abordado".[95]

"E, é fácil imaginar-se, quando o orador retoma a exposição, os primeiros períodos se perderão completamente. O argumento que seria de bom efeito, lançado nesse momento, cairá no vazio, e uma premissa essencial ao desenvolvimento do raciocínio ficará ignorada. Portanto, é preciso evitar os hiatos. E não é por outro motivo que o bom aparteador é bem-sucedido. Ele sabe qual o momento exato para desferir o aparte, cortando o fio da argumentação, ou impedindo a compreensão do argumento, distraindo o Conselho de Sentença e levando-o a uma outra linha de raciocínio, provocando uma discussão paralela. Até que a calma retorne, e o fio da meada seja reencontrado, é possível que muita coisa importante fique perdida".[96]

Mostra-se forçoso, em se tratando das vedações relacionadas aos apartes durante os debates em plenário, atentar para o princípio da plenitude de defesa, a fim de verificar se houve ou não prejuízo. Consoante se verificará na jurisprudência, a simples concessão de aparte pelo juiz presidente, por contar com expressa previsão legal, não causa a nulidade do julgamento, sobretudo quando o aparteado não lograr demonstrar o prejuízo suportado. Considerando a inexistência de vedações expressas, deve a questão ser resolvida à luz dos princípios constitucionais relativos ao Tribunal do Júri e é nesse tocante que ganha relevo a citada plenitude de defesa. Destarte, embora a questão admita certa discricionariedade por parte do juiz presidente, devem ser evitadas as práticas que impeçam o exercício de uma defesa plena e que causem prejuízo ao aparteado.

Os apartes contam com previsão legal e fazem parte da tradição, mas não podem redundar em situações que cheguem ao ponto de prejudicar a explanação das teses e a compreensão dos jurados. Impedir a parte contrária de explanar seus argumentos e teses, mediante interrupções reiteradas e injustificadas, é uma prática leviana que, além de violar a plenitude de defesa, desatende aos princípios éticos mais elementares. É muito comum que uma das partes se apegue a um ato falho da parte contrária ou a algum ponto irrelevante do discurso para fazer uso do aparte, alterando o foco dos debates, que acabam se perdendo em questões marginais. Também são

94. SILVA, Amaury. Op. cit., p. 295.

95. Idem, p. 297.

96. PIMENTEL, Manoel Pedro. A oratória perante o Júri. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Doutrinas essenciais: processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2012. vol. 4. p. 494.

rotineiros os apartes empregados nos ápices do discurso, para "cortar o clima". Cabe ao orador, evidentemente, insurgir-se em face de apartes como esses, precavendo os jurados e até mesmo o juiz presidente, para que reconheçam a chicana.

Oportuno consignar, ainda, que eventuais nulidades ocorridas durante o julgamento em plenário – e isso inclui os debates – devem ser arguidas logo depois de ocorrerem, tal como estipula o art. 571, VIII, do CPP. As alegações das partes e os incidentes nesse tocante deverão constar na ata de julgamento, na forma do art. 495, XIV e XV, do Diploma Processual Penal, para que, em caso de recurso de apelação, seja possível avaliar a ocorrência de prejuízo.

"A ata é fundamental para que fiquem registradas todas as ocorrências da sessão de instrução e julgamento, inclusive possibilitando a alegação ulterior de nulidades se devidamente registrados os procedimentos adotados."[97]

Resta analisar, pois, como deve agir o aparteado em casos de abusos. O orador, em caso de aparte, sentindo-se prejudicado por conta de eventuais excessos, pode requerer a imediata intervenção do juiz presidente. A respeito da matéria, ensinam Demercian e Maluly que: "Se abusivos, a parte com a palavra pode pedir a intervenção do Juiz-Presidente, para que, exercendo seu poder de 'regular os debates', previsto no art. 497, III, do CPP, restaure a ordem na sustentação oral".[98]

"No sistema revogado, o policiamento dos apartes era tarefa do juiz presidente e apenas os apartes consentidos pelos oradores eram admitidos, pois a supressão do tempo do orador que fazia as articulações de suas teses, seria prejudicial ao seu aproveitamento e consentido o aparte, este funcionava sem compensação no tempo, caso contrário, a tentativa do adversário era contida pelo mecanismo de se 'garantir a palavra', por intermédio do presidente do júri, assegurando a sequência da verberação do orador que foi interceptado."[99]

"Contudo, se a parte contrária insistir nos apartes e sem que o juiz presidente os tenha concedido, atravessando inopinadamente a fala do tribuno que esteja com a palavra – considerando ainda que a concessão dos apartes, se não for feita pelo próprio juiz presidente, é mera liberalidade do tribuno –, a solução ,então, será pedir ao juiz presidente a garantia da palavra."[100]

A lei não faz menção à expressão "garantia da palavra", que foi extraída da prática, sendo também tradicional nos julgamentos pelo Tribunal do Júri, embora

97. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. Op. cit., p. 978.

98. DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 433.

99. SILVA, Amaury. Op. cit., p. 297.

100. CALVO FILHO, Romualdo Sanches. Op. cit., p. 168.

encontre sustentação na legislação processual. A providência pode ser adotada pelo orador durante um aparte consentido e em caso de aparte autorizado pelo juiz presidente, para coibir abusos, bem como em casos de intervenção não autorizada ou de discurso paralelo, assim como nas reiterações dessas práticas pela parte adversa. Feito o requerimento, caberá ao juiz presidente verificar se o aparteante está ou não incorrendo em abuso para, em caso positivo, restabelecer a ordem na sustentação oral, assegurando a palavra ao orador interrompido e advertindo a parte contrária. Uma vez indeferido o pedido nesse sentido, restará ao aparteado consignar seu inconformismo em ata, demonstrando a ocorrência de prejuízo, para que possa buscar o reconhecimento da nulidade em caso de eventual recurso de apelação.[101]

2.5.1 A função do juiz presidente

Em matéria de apartes, ganha relevo o papel do juiz presidente, que exerce diversas atribuições no Tribunal do Júri, consoante se verifica no art. 497 do CPP. Dentre essas atribuições, mais interessam ao presente estudo as funções de dirigir os debates, intervindo em caso de abuso, excesso de linguagem ou mediante requerimento de uma das partes, e também a regulamentação da intervenção de uma das partes, quando a outra estiver com a palavra.

"Embora não seja o julgador natural para as causas atribuídas ao Júri, o juiz presidente exerce todas as atribuições diretamente relacionadas com o poder de condução dos trabalhos da sessão de instrução e julgamento. A finalidade precípua é que, na condução dos trabalhos, garanta a regularidade e ordem do julgamento."[102]

"O juiz presidente possui a árdua tarefa de coordenar os debates, por vezes acalorado, entre as partes. Ingressa, nesse contexto, a avaliação do direito ao aparte. Como controlar o aparte, sem se desgastar ou perder a autoridade, ao menos naquela sessão? Como proporcionar a justa medida entre a manifestação intervencionista de uma das partes durante a exposição da outra? Sempre defendemos ser o aparte um direito. Logo, tem cabimento o seu exercício, ainda que uma das partes com ele não concorde. Por isso, cabe ao magistrado exercer o controle sobre as intervenções, não somente para garantir o seu exercício, mas também para impedir que se torne um discurso paralelo e interminável."[103]

É possível que o orador recuse todos os apartes solicitados, o que também pode causar prejuízo à parte contrária. Nessa circunstância, a lei permite que o juiz pre-

101. NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri* cit., p. 204.

102. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. Op. cit., p. 980.

103. NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri* cit., p. 140.

sidente, mediante requerimento da parte interessada, autorize a intervenção no discurso, assegurando ao requerente o direito ao aparte.[104] Essa hipótese que, vale dizer, é assaz comum no Tribunal do Júri, foi oportunamente lembrada por Bonfim e Nucci, que registram preciosas lições de ordem prática e examinam muito bem a questão.

"Assim, imagine-se, por exemplo, um pedido de aparte negado pelo orador; diante da necessidade de se fazer o aparte – e em obediência à verdade real –, deve o magistrado impor ao aparteado a obrigação de ceder parte de seu tempo ao aparteador ('até três minutos'), repondo-o, depois."[105]

"Em caso de discordância sistemática em conceder o aparte solicitado, aquele que o requereu pode dirigir-se ao magistrado presidente. Este, por sua vez, considerando o aparte um direito, pode interferir, possibilitando a rápida intervenção de quem pleiteia (até três minutos)."[106]

Obviamente, se o juiz presidente deve atuar para assegurar o direito ao aparte, também deve coibir as intervenções não autorizadas e os discursos paralelos que prejudiquem a exposição. Não é raro que os apartes culminem em acaloradas discussões, que podem levar ao cometimento de excessos, que também devem ser evitados pelo magistrado, no interesse maior do Conselho de Sentença, cujo entendimento pode ficar prejudicado diante do tumulto e de informações desencontradas.

"A intervenção desautorizada deve ser imediatamente contida pelo juiz presidente, gerando a recuperação do tempo disponibilizado com o incidente em prol daquele orador que for indevidamente interrompido."[107]

É importante lembrar que a Constituição Federal assegura, no Tribunal do Júri, a plenitude de defesa, já analisada alhures. Destarte, não se pode exigir que o juiz presidente funcione como simples espectador dos debates, sob pena de violação ao princípio da plenitude de defesa e de malferimento ao devido processo legal, à busca por uma decisão judicial justa e à eficácia dos direitos e garantias constitucionais.

"Ele deve exercer efetivamente a condução do processo, seja assegurando que os debates se desenvolvam sem interrupções, seja impedindo que em suas alegações orais as partes se percam em divagações, repetições e até mesmo ofensas ao *ex ad-*

104. *RT* 549/304.

105. BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de processo penal* cit., p. 598.

106. NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri* cit., p. 204.

107. SILVA, Amaury. Op. cit., p. 298.

verso, conduta eticamente reprovável e que apenas presta desserviço à Justiça e não se reveste de utilidade para o bom julgamento da causa."[108]

"Assim, considerando que em geral os destinatários dos princípios no processo penal são os juízes e tribunais, pois acima de tudo, nos interessam os princípios que constituem regras de julgamento, devem eles fazer todo o necessário para promover o fim devido, ou seja, buscar incessantemente a máxima eficácia dos princípios (constitucionais) do processo penal."[109]

O que se espera é que o juiz presidente, mantendo-se numa posição equidistante das partes, faça valer os princípios constitucionais inerentes ao processo penal e ao Tribunal do Júri, bem como a legislação ordinária aplicável, obstando eventuais excessos que possam prejudicar o deslinde da causa. Não se deve confundir discrição com inércia, sobretudo em se tratando de situações que refletem diretamente no resultado do julgamento, que cabe ao Conselho de Sentença.

"Assume, assim, uma nova posição no Estado Democrático de Direito, sem que com isso sua atuação seja política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um (...)."[110]

Deve o juiz presidente, em obediência à Constituição Federal e ao Código de Processo Penal, dirigir os debates e regulamentar a intervenção de uma das partes quando a outra estiver com a palavra. À parte advertida não resta alternativa senão calar-se,[111] atendendo à ordem e aguardando eventual concessão do aparte ou o momento apropriado para o uso da palavra, para que não incorra em infrações administrativas e criminais, embora a prática demonstre que dificilmente se chega a tais consequências.

"Cabe, nesta hipótese, a interferência do juiz presidente, coibindo o discurso não autorizado e causador de confusão. A parte advertida pelo magistrado deve calar-se, aguardando o seu tempo para manifestação regular ou esperando que o aparte seja concedido por quem está discursando. Quando a acusação ou a defesa deixa de respeitar o alerta do juiz para que não conturbe a sessão, ingressa-se no cenário da ilegalidade, pois cabe ao magistrado regular os debates."[112]

"E se a parte se exceder, tumultuando a sessão, comprometendo a regular apreciação do feito, transformando o debate em discussão? Nesse caso, a interferência

108. DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 433.

109. LOPES JR., Aury. Op. cit., 5. ed., vol. 1, p. 117.

110. Idem, p. 122.

111. NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri* cit., p. 203.

112. Idem, ibidem.

do juiz presidente é necessária (art. 497 do CPP), devolvendo a ordem usurpada à solene sessão de julgamento, tomando as providências previstas em lei."[113]

Havendo tumulto que prejudique os debates e o julgamento da causa, aconselha Nucci que o juiz presidente interrompa a sessão, registrando o evento em ata, podendo ainda dissolver o Conselho de Sentença caso não haja acordo entre as partes no que tange à utilização dos apartes. Embora as sanções não sejam comuns na prática, como já exposto, eventual desobediência deve ser comunicada aos órgãos competentes para a adoção das providências administrativas e penais pertinentes.

"Invadindo-se a seara da ilegalidade, convém, em caso de insistência, ao juiz presidente interromper a sessão, registrando o evento em ata. Se reunindo-se com as partes, não houver acordo, em relação á ordem dos trabalhos, outra alternativa não existe senão a dissolução do Conselho de Sentença e a designação de outra data para o julgamento. Nesse caso, no entanto, a parte que conturbou, de maneira definitiva, a sessão, deve ser afastada. Cuidando-se do defensor, pode o magistrado declarar o réu indefeso, concedendo-lhe prazo para escolha de outro advogado, ou, quando for a hipótese, nomeando-lhe ou indicando-se defensor diverso. Tratando-se de membro do Ministério Público, oficia-se ao Procurador-Geral de Justiça para que designe outro representante da instituição. Por outro lado, a interrupção momentânea da sessão pode servir, também, ao juiz presidente para esclarecer aos jurados como funciona o correto uso do direito ao aparte, de modo que o Conselho de Sentença saiba, precisamente, qual das partes está conturbando, ilegalmente, os trabalhos."[114]

Ao contrário do que possa parecer, a tarefa do magistrado no julgamento popular está longe de ser simples.[115] Isso porque deve o juiz presidente ter em mente que, no uso de suas atribuições, precisa fazer cumprir a lei processual, atendendo aos princípios constitucionais inerentes ao Tribunal do Júri, notadamente o princípio da plenitude de defesa, já que os debates, em regra, são o ponto alto do exercício da defesa técnica e influem diretamente na decisão do Conselho de Sentença. É preciso que o juiz faça o possível para assegurar que os jurados consigam compreender as exposições orais das partes para que cheguem a um veredicto. Por isso, deve obstar as práticas desleais, que tenham o objetivo, ainda que camuflado, de engodar o Conselho de Sentença, tanto no que diz respeito ao discurso do orador quanto no que toca aos apartes, funcionando como um verdadeiro garantidor da soberania dos veredictos e da plenitude de defesa, preservando, assim, o devido processo legal.

113. BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de processo penal* cit., p. 597.

114. NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri* cit., p. 203.

115. Idem, p. 139.

OLIVEIRA, William César Pinto de. Os apartes do Tribunal do Júri à luz da Constituição Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 275-316. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

3. OS APARTES NA JURISPRUDÊNCIA

3.1 Análise das decisões

É importante consignar que o âmbito da pesquisa jurisprudencial restringiu-se aos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina. Nos demais Estados não foram encontrados resultados suficientemente relevantes ou pertinentes ao objeto da pesquisa. Também é preciso frisar, nessa esteira, que não há muitas fontes de pesquisa jurisprudencial acerca do tema em discussão, porquanto, pelo que se pode verificar, são poucos os acórdãos que cuidam dos apartes, o que não significa dizer que o resultado alcançado não seja suficiente para, sem esgotar o assunto, demonstrar como têm decidido os Tribunais. Por fim, é preciso ressaltar que a pesquisa girou em torno da admissibilidade ou inadmissibilidade dos apartes e da possível ocorrência de nulidade no que tange ao seu emprego.

Pelo que se pode verificar, a jurisprudência dificilmente reconhece a nulidade do julgamento por conta dos apartes, apegando-se, para tanto, à inexistência de vedação legal, à inexistência de prejuízo ou à preclusão, decorrente da ausência de registro da ocorrência em ata. É óbvio que a existência de vício no que concerne aos apartes depende do caso concreto, do necessário registro em ata e da comprovação do prejuízo, mas, aparentemente, essa prática não vem sendo interpretada de acordo com o princípio da plenitude de defesa e com a Constituição Federal.

Alguns precedentes restringem o uso dos apartes, como se fossem possíveis apenas em caso de autorização pelo juiz presidente, ignorando a possibilidade de consentimento por parte do orador, já analisada no capítulo oportuno. Nesses casos, além de não reconhecerem nenhum defeito que pudesse implicar prejuízo para a defesa, as decisões enfatizam que, após a reforma na legislação processual penal, os apartes devem ser admitidos e a concessão cabe ao magistrado:

"(...) A alegação de que a defesa foi atrapalhada e interrompida pelo representante do Ministério Público durante os debates não tem respaldo jurídico, pois os apartes, que já faziam parte da tradição do Tribunal do Júri antes da reforma processual trazida pela Lei nº 11.689/2008, agora são expressamente permitidos (art. 497, XII, do CPP), além do que foram deferidos pelo Juízo, sendo concedido à defesa o acréscimo de 01 (um) minuto em sua fala para rebatê-los (...)".[116]

"(...) A preliminar de nulidade do julgamento deve ser rechaçada. Nos termos do artigo 497, XII, do CPP, a concessão de apartes durante o julgamento perante o Tribunal do Júri é atribuição do juiz presidente. E, como bem asseverou o nobre

116. TJSP, Ap 9000019-24.2005.8.26.0050, 12.ª Câm., j. 12.06.2013, rel. Des. Breno Guimarães.

Procurador de Justiça, "da leitura da Ata de julgamento, observa-se que o juiz presidente cumpriu à risca o que determina a legislação, não havendo como aceitar-se a tese de nulidade do julgamento em razão da concessão de aparte" (f.). Assim, tal circunstância não causa qualquer nulidade ou prejudica a defesa, razão pela qual não cabe o reconhecimento de mácula (...)".[117]

"(...) Caso as partes se sintam prejudicadas por alguma assertiva formulada pelo orador, durante os debates orais, poderão se valer dos apartes, os quais deverão ser requeridos diretamente ao Juiz-Presidente, consoante determina o art. 497, III, do CPP. Eventual equívoco no exame das circunstâncias judiciais poderão ser corrigidos pela Turma Julgadora, razão pela qual não se procede à anulação da sentença condenatória. Em sede de apelação contra a decisão dos jurados, não cabe à instância revisora substituir os membros do Conselho de Sentença e afirmar que se a tese defensiva é ou não melhor que a tese acusatória, mas, apenas, aferir se a versão acolhida pelo júri tem plausibilidade nos autos. Mostrando-se favoráveis ao acusado todas as circunstâncias judiciais, a pena-base deve ser estabelecida no mínimo legal".[118]

Os Tribunais têm se mostrado bastante liberais em relação ao uso dos apartes, evidenciando sempre a necessidade de comprovação de prejuízo para que se possa reconhecer a existência de nulidade. Na maioria das vezes, pelo que se extrai dos arestos analisados, as intervenções são realizadas pela acusação e os reclamos em busca do reconhecimento da nulidade partem da defesa, que normalmente não obtém sucesso, em regra, por conta da não demonstração do prejuízo.

Nesse sentido:

"(...) Os apartes em Plenário possuem regulamentação legal e, não sendo comprovado que houve cerceamento à atuação da defesa, não há que se falar em nulidade da sessão de julgamento. A leitura pelo Promotor de Justiça de anotações pessoais destinadas a orientar sua atuação no Tribunal do Júri não caracteriza documentação trazida aos autos extemporaneamente, não sendo caso de se declarar a nulidade. Havendo nos autos provas de ter o réu cometido o crime, deve ser mantida a sentença, em razão da soberania dos veredictos".[119]

"(...) Apesar do esforço defensivo, não é possível vislumbrar qualquer nulidade ocorrida por ocasião do julgamento em plenário no Tribunal do Júri, isso porque, à vista dos autos, não se constata qualquer abuso por parte do Ministério Público,

117. TJSP, Ap 0009246- 52.2001.8.26.0077, 7.ª Câm., j. 23.05.2013, rel. Des. Francisco Menin.

118. TJMG, Ap 1.0461.06.036971-1/002, 2.ª Câm. Crim. j. 07.04.2011, rel. Des. Renato Martins Jacob.

119. TJMG, Ap 1.0024.09.567974-2/001, 2.ª Câm. Crim., j. 27.05.2010, rel. Des. Beatriz Pinheiro Caires.

capaz de causar desequilíbrio na linha de raciocínio que estava sendo desenvolvida pelo Dr. Defensor. Ademais, isto certamente não seria permitido pela MM. Juíza Presidente da sessão de julgamento. Apartes são da essência do procedimento quando necessários, para esclarecimentos de determinadas situações, o que esta longe de significar qualquer desvirtuamento na ordem natural dos trabalhos. Ao que se vê, o digno Promotor de Justiça agiu nos limites exigidos pelo seu mister em plenário, inocorrendo qualquer cerceamento de defesa (...)".[120]

"Tribunal do júri. Trabalhos em plenário. Apartes. Nulidade do julgamento. Inocorrência. É da prática do Júri a postulação e a concessão de apartes durante os debates em plenário. Para a anulação do julgamento por conta disso necessário demonstre, a parte que se diz prejudicada, até que ponto a ocorrência, por si só, comprometeu a correta interpretação da prova esperada dos jurados. Apelo defensivo a que se nega provimento".[121]

Chama a atenção também a existência de precedente restringindo intervenções da defesa. Evidentemente, a pertinência dos apartes e a existência de prejuízo dependem do caso concreto, e a não demonstração do prejuízo, na ata de julgamento, prejudica a análise da questão, porquanto o juiz presidente pode e deve indeferir os apartes impertinentes, mas é certo que o indeferimento dos apartes defensivos, injustificadamente, poderia resultar em violação ao princípio da plenitude de defesa.

"(...) Nulidade Posterior à pronúncia Ausente demonstração clara e precisa de atos prejudiciais ao réu decorrente do juiz-presidente ter inadmitido os 'apartes' da defesa durante a sessão de julgamento, inexiste a apontada nulidade, porque segundo o art. 593, do CPP, 'nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa (...)'".[122]

Destaca-se, da análise realizada, um precedente do TJSP, reconhecendo a nulidade do julgamento por conta das excessivas e desmedidas intervenções realizadas pela acusação e a violação ao princípio da plenitude de defesa, em obediência à Constituição Federal. No caso retratado, contudo, a defesa registrou o ocorrido em ata, demonstrando o prejuízo suportado, o que fez toda a diferença quando do julgamento do recurso de apelação interposto.

"(...) essas manifestações extemporâneas e desmedidas acabaram afetando diretamente o exercício da garantia constitucional da defesa plena e, a inação da juíza presidente, diante desses fatos inapropriados praticados por uma das partes, nulificou substancialmente o julgamento pelo Tribunal do Júri, porque ela não garantiu o exercício da defesa plena ao acusado, observando-se que, quando se verificam

120. TJSP, Ap 9000013-83.2008.8.26.0576, 3.ª Câm., j. 23.04.2013, rel. Des. Fernando Simão.

121. TJRS, Ap 70050992700, 1.ª Câm. Crim., j. 29.05.2013, rel. Des. Newton Brasil de Leão.

122. TJPR, Ap 679538-8, 1.ª Câm. Crim., j. 26.08.2010, rel. Des. Oto Luiz Sponholz.

essas hipóteses, segundo decidiu o STJ: 'cabia a intervenção do juiz presidente, a fim de garantir o cumprimento da norma constitucional da plenitude de defesa, impondo-se que esta tenha caráter material, não apenas formal (...)".[123]

Vê-se que a 1.ª Câmara de Direito Criminal acolheu questão preliminar suscitada pela defesa, anulando a sessão de julgamento "(...) em razão da prática de grave ofensa à plenitude de defesa, assegurada na alínea a do inc. XXXVI do art. 5.º da CF (...)". Na ocasião, reclamou o advogado que "(...) o promotor de justiça comportou-se de forma impertinente, interrompendo-o constantemente e falando junto com o defensor, tudo isso sem a concessão de apartes (...)". Vejamos:

"(...) 'Durante a fala do defensor em tréplica o mesmo requereu que ficasse constando em ata que o Promotor de Justiça, por vários momentos, e de forma excessiva e abusiva, desenvolveu verdadeiro discurso paralelo, impedindo a defesa de expor com clareza seus argumentos finais, atrapalhando, no entendimento desde defensor, o convencimento dos jurados sobre a inocência do acusado, e a exposição da prova para os Jurados, fazendo referência, inclusive a questões totalmente dissociadas do julgamento da causa, como por exemplo, as razões que teriam impedido o término do julgamento anterior deste mesmo processo, tudo para impedir que a defesa fosse exercida em sua plenitude. Outrossim, pela defesa também foi requerido que ficasse consignado em ata que houve vários apartes não permitidos, veementes, protestos da defesa para que o Promotor se calasse, vários apelos para que a Juíza presidente garantisse a palavra á defesa, e inúmeras intervenções da Juíza para que o promotor respeitasse o tempo destinado à fala final da defesa, tanto assim é que houve um acréscimo de três minutos à fala deste defensor' (...)".

Também merece destaque, nesse caso, que a juíza presidente, pelo que consta, não atuou como deveria, ignorando suas atribuições legais, não obstante tenha o defensor requerido a garantia da palavra, chegando a cogitar abandonar o plenário. O aresto citado representa um avanço em relação à análise dos apartes durante os debates no Tribunal do Júri, podendo servir como norte para outras decisões.

Não há nenhuma dúvida no que diz respeito à possibilidade de interferência do juiz presidente no que diz respeito ao emprego dos apartes. Há jurisprudência admitindo essa interferência em meio aos apartes do Ministério Público quando da exposição das teses defensivas, em homenagem à plenitude de defesa. O recorte, destacado abaixo, também se aproxima da leitura constitucional dos apartes proposta neste trabalho, e deixa clara a importância da função do juiz presidente em plenário:

"Homicídio tentado. Tribunal do Júri. Apartes pelo Ministério Público quando da exposição das teses defensivas. Interferência do Juiz Presidente. Fato que não con-

123. TJSP, Ap 0000176-18.2003.8.26.0052, j. 06.08.2012, 1.ª Câm., rel. Des. Márcio Bártoli.

duz à nulidade do julgamento. Desistência voluntária. Prova única no sentido de que o agente só não prosseguiu na violência contra a vítima, ante a pronta atuação de um terceiro, que a socorreu, bem como pela prisão em flagrante. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Nulidade. Apelo ministerial provido para este fim. Cabe ao Juiz Presidente, de acordo com o preceituado pelo art. 497, III, do CPP, manter a ordem no julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, podendo, inclusive, interferir nos apartes, caso estejam tumultuando o raciocínio lógico da parte que faz o uso da palavra. A interferência, na hipótese, não constitui nulidade, mormente quando dela nenhum prejuízo decorreu. Estando a decisão do Conselho de Sentença calcada em versão inexistente na prova dos autos, a anulação do julgamento é medida que se impõe, com base no preceituado pelo art. 593, III, *d*, do CPP".[124]

No que toca à jurisprudência, portanto, é possível dizer que o emprego dos apartes pode resultar em nulidade, desde que demonstrado o prejuízo à plenitude de defesa. Cabe repetir, por oportuno, que o indeferimento injustificado das intervenções também pode dar causa à anulação do julgamento, caso haja prejuízo. Em qualquer caso, a decretação da nulidade pressupõe arguição oportuna e registro em ata. As divergências mais marcantes dizem respeito à admissão do aparte consentido. Embora sejam os apartes muito comuns nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, são poucos os precedentes relacionados à matéria. O interessante é notar que a jurisprudência, ao admitir que os apartes podem dar causa à anulação do julgamento, desde que demonstrado o prejuízo, aos poucos vai se alinhando à Constituição Federal, dedicando especial atenção ao princípio da plenitude de defesa, sinalizando que os abusos não devem ser admitidos e que as intervenções não são livres.

Ainda assim, não há como criticar os precedentes que afastaram a ocorrência de nulidade, não obstante sejam, em sua maioria, desfavoráveis à defesa, pois as intervenções no discurso do orador nem sempre causam prejuízo à plenitude de defesa. É impossível saber se houve abusos por parte da acusação, ou se as defesas, nos casos concretos analisados, não logrou demonstrar o prejuízo suportado. O que interessa é verificar, como já dito, que os apartes podem implicar em nulidade.

4. Os apartes e a Constituição Federal

4.1 Os apartes sob a ótica constitucional

Almejando uma leitura constitucional, impende consignar que, como lembra Badaró, constava expressamente na Exposição de Motivos do Projeto de Lei

124. TJSC, Ap 2001.015192-8, 2.ª Câm. Crim., j. 18.09.2001, rel. Des. Maurílio Moreira Leite.

4.203/2001, que culminou na Lei 11.689/2008, que "(...) o anteprojeto busca cumprir os objetivos de modernização, simplificação e eficácia, tornando o procedimento do Júri mais garantista, prático, ágil e atual, resgatando uma dívida de mais de um século", destacando ainda que o aludido projeto, refletindo as mudanças políticas, democratiza o Tribunal do Júri.[125]

Pacelli enfatiza que o nosso Código de Processo Penal aos poucos vai se alinhando às determinações constitucionais, que institui um sistema de amplas garantias individuais,[126] ambicionando abandonar o viés autoritário que durante muito tempo inspirou a nossa legislação processual. Como já visto anteriormente, esse alinhamento caminha no sentido de tornar o processo um efetivo instrumento de garantia do indivíduo frente ao Estado e não apenas um veículo de aplicação da lei penal. Nesse sentido, a regulamentação do aparte pela Lei 11.689/2008 buscou adequar os debates aos princípios-garantias assegurados pela Constituição Federal no que diz respeito ao Tribunal do Júri, objetivando, primordialmente, evitar excessos que pudessem fazer tabula rasa da plenitude de defesa. Os apartes, cuja concessão ficava a critério do orador, agora se apresentam como um verdadeiro direito de intervenção no discurso da parte adversa, embora esse direito não seja absoluto.

Sendo assim, ante a recusa do orador em conceder o aparte, pode o interessado requerer a intervenção diretamente ao juiz presidente, nos termos da lei, para que não seja obrigado a suportar calado o prejuízo decorrente, por exemplo, de inverdades propagadas pela parte adversária. A prática demonstra que, no Tribunal do Júri, uma resposta tardia, ou mesmo – e principalmente – a ausência de resposta, diante de juízes leigos, poderia não surtir o efeito esperado, culminando num veredicto injusto.

"No contexto do Tribunal do Júri, onde os princípios processuais da imediatidade e da oralidade ganham relevo, torna-se fundamental garantir uma defesa justa e eficaz. O jurado, que é leigo, precisa ser corretamente informado das provas que estão nos autos, a fim de decidir, por íntima convicção, o destino do indivíduo que lhe é apresentado para julgamento."[127]

"(...) no tribunal popular a plenitude de defesa é característica expressiva e essencial da própria instituição. Júri sem defesa plena não é um tribunal justo e, assim não sendo, jamais será uma garantia do homem. Um tribunal que decide sem fundamentar seus veredictos precisa proporcionar ao réu uma defesa acima da mé-

125. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 53.

126. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 8.

127. NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais* cit., p. 138.

dia e foi isso o que o constituinte quis deixar bem claro, consignando que é qualidade inerente ao júri a plenitude de defesa."[128]

Além de atentar para a plenitude de defesa, a disciplina dos apartes trata de explicitar as regras que compõe o devido processo penal, sem esquecer que o próprio procedimento constitui uma garantia democrática.[129] Sob esse prisma, a regulamentação dos apartes também constitui óbice para toda sorte de abusos, permitindo que as partes tenham conhecimento prévio acerca das regras do jogo e possam debater em paridade de condições, logrando expor todos os seus argumentos e teses. Esse aspecto também é importantíssimo, pois a plenitude de defesa, ao mesmo tempo em que legitima o emprego dos apartes, funciona como óbice a eventuais excessos. Diz-se, portanto, que nenhuma das partes pode, albergada pela plenitude de defesa, intervir no discurso da outra de modo a prejudicar a explanação das teses e argumentos, pois o princípio constitucional, em verdade, estaria sendo violado. Não se trata, como se poderia imaginar, de uma licença para toda sorte de abusos.

Pode a parte valer-se, agora com o amparo da lei processual penal, dos direitos de intervir no discurso do adversário, de recusar intervenções indevidas ou abusivas e de ver acrescido ao seu tempo, em caso de deferimento do aparte pelo juiz presidente, os preciosos minutos utilizados pelo aparteante, tendo conhecimento prévio da duração máxima desse tipo de aparte. Tudo isso, consoante se pode verificar, em homenagem à plenitude de defesa e aos demais princípios processuais constitucionais.

"A providência levada a efeito pelo legislador foi, sem sombra de dúvida, bastante providencial, porquanto procurou estabelecer mecanismo de controle para evitar excessos, abusos, inconvenientes ou propósitos desleais que, muitas vezes, movem aquele que aparteia seu adversário. Procurando não permitir o excesso, o legislador foi taxativo ao permitir ao juiz presidente que autorize o aparte até por três minutos."[130]

O fato de serem os julgadores leigos e de não terem a obrigação de motivar as suas decisões, escorando-se no livre convencimento, ao mesmo tempo em que, como já visto, justificam uma defesa plena, ajudam a fundamentar a utilização dos apartes, que têm por finalidade precípua esclarecer o Conselho de Sentença, para que seja possível alcançar um veredicto justo, tendo conhecimento amplo a respeito das provas. As mesmas razões, de outro lado, dão sustentação às já citadas vedações. Ostentando o processo aquilo que Lopes Jr. chama de "finalidade constitucio-

128. Idem, p. 140.

129. LOPES JR., Aury. Op. cit., 5. ed., vol. 1, p. 15.

130. MOSSIN, Heráclito Antônio. *Compêndio de processo penal*... cit., p. 577.

nal-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais",[131] com especial ênfase para a liberdade individual, impedir a parte – e sobretudo a defesa – de intervir no discurso do orador, injustificadamente, equivaleria a negar a plenitude de defesa assegurada pela Constituição Federal. O legislador, diante dessa perspectiva, tratou de regulamentar os apartes por meio da Lei 11.689/2008.

Os apartes, como demonstrado, sempre fizeram parte da rotina dos julgamentos, sendo amplamente admitidos pela doutrina e pela jurisprudência. Sendo assim, não fazia sentido que, numa instituição democrática e tradicional como é o Tribunal do Júri, uma prática também democrática e tradicional permanecesse esquecida pelo legislador, sobretudo em se tratando de um meio de alcançar a plenitude de defesa e de apresentar, aos soberanos jurados, um amplo debate fático e jurídico.

CONCLUSÃO

Um tema aparentemente simples, que normalmente não demanda muitas páginas e tampouco suscita grandes controvérsias doutrinárias ou jurisprudenciais, quando analisado detidamente à luz da Constituição Federal, mostrou-se deveras amplo, apresentando uma série de desdobramentos, tanto no plano teórico quanto prático. Tem-se aqui, vale repetir, atendendo à proposição apresentada na introdução, uma análise científica e, na medida do possível, isenta de paixões e preconceitos. A ressalva é importante, porquanto o Tribunal do Júri desperta – e sempre despertou – ardentes paixões, tanto por parte de seus admiradores quanto de seus mais firmes opositores. Essas paixões, aliadas aos debates travados em plenário entre acusadores e defensores, muitas vezes acalorados, podem prejudicar uma análise racional acerca da legislação pertinente, haja vista que diferentes interpretações podem tanto beneficiar quanto prejudicar o desempenho e os interesses dos tribunos.

A análise da jurisprudência, por exemplo, levada a efeito no terceiro capítulo, serviu para demonstrar que as decisões, em sua maioria, tratam de interferências realizadas pela acusação, uma vez que a maior parte dos recursos de apelação relacionados ao tema foram interpostos pelas defesas. Contudo, os precedentes analisados, embora quase sempre desfavoráveis à defesa, sinalizam que, demonstrado o prejuízo à plenitude de defesa, deve ser reconhecida a nulidade do julgamento.

Foi preciso, para realizar um estudo, na medida do possível, imparcial, esmiuçar a possibilidade de intervenção no discurso do orador, destacando as origens, estabelecendo um conceito, traçando distinções e chegando à natureza jurídica dos apartes, discorrendo a respeito das suas espécies e das vedações, tendo sempre em

131. LOPES JR., Aury. Op. cit., 5. ed., vol. 1, p. 27.

conta a relevante função desempenhada pelo juiz presidente. Ganhou realce a correspondência entre o direito ao aparte e a vedação aos excessos. Demonstrou-se, nessa esteira, a relação entre a Constituição Federal e o Direito Processual Penal, corroborando, após uma análise minuciosa acerca do Tribunal do Júri e dos princípios constitucionais que norteiam a instituição, que a regulamentação dos apartes, durante os debates em plenário, veio para adequar o julgamento popular aos mandamentos constitucionais e, sobretudo, à plenitude de defesa.

O estudo, além de confirmar que a regulamentação dos apartes atende à necessidade de adequar o processo penal à Constituição Federal, propiciou uma leitura dessas intervenções no discurso à luz dos direitos e garantias fundamentais, podendo, daqui por diante, nortear a análise dos casos concretos que envolvam a matéria, em atenção aos precedentes já existentes, também examinados ao longo do trabalho. Essa leitura, cabe destacar, serviu para desmistificar os apartes no Tribunal do Júri.

É impossível, como se pode ver, exercer uma defesa plena e efetiva sem que exista a possibilidade de intervir, quando e sempre que necessário, no discurso da parte contrária, desde que isso também ocorra de acordo com o princípio da plenitude de defesa e com todos os outros princípios de índole constitucional que permeiam o Tribunal do Júri e o processo penal, de modo a não incidir em excessos ou abusos. Denota-se, aliás, que essa dicotomia inerente aos apartes também ganhou relevo. Ficou sobejamente demonstrado, ao cabo desse trabalho, que os apartes não interessam mais à acusação do que à defesa, pois, enquanto reflexos do princípio da plenitude de defesa, assumem a mesma finalidade modernamente atribuída ao processo penal, qual seja, a de garantir a máxima eficácia dos direitos e garantias individuais que, a toda evidência, num Estado Democrático de Direito, interessam à sociedade como um todo, para que seja possível alcançar decisões judiciais justas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Tribunal do Júri*. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. *A instituição do Júri*. São Paulo: Saraiva, 1939.

BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

_____. *Júri: do inquérito ao plenário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALVO FILHO, Romualdo Sanches. *Manual prático do Júri*. São Paulo: LEUD, 2009.

DELMANTO, Dante. *Defesas que fiz no Júri*. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1986.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

FAGUNDES, Valda Oliveira. *O discurso no júri: aspectos linguísticos e retóricos*. São Paulo: Cortez, 1987.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIMA, Walkimi Barbosa. *Manual do Júri*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

LINS E SILVA, Evandro. *A defesa tem a palavra*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1984.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. vol. 2.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. vol. 1.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do Júri: doutrina, roteiros práticos, questionários, jurisprudência*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Compêndio de processo penal: curso completo*. São Paulo: Manole, 2010.

_____. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 1998. vol. 3.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira Ed., 1999.

_____. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

_____; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA, José Ruy Borges. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Saraiva. 1993.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas.* Bauru: Jalovi, 1983.

ROSA, Inocêncio Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal.* 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1982.

_____. *Manual de teoria e prática do processo penal.* Porto Alegre: Globo, 1922.

SAHID, Maluf. *Direito constitucional.* 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1986.

SILVA, Amaury. *O novo tribunal do Júri.* Leme: J. H. Mizuno, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

TORRES, Antonio Eugenio Magarinos. *Processo penal do júri nos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro: Liv. Jacyntho, 1939.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal.* 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri: contradições e soluções.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009.

VALE, Ionilton Pereira do. *Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A ausência de deliberação no tribunal do júri brasileiro, de Eric Hadmann Jasper – *RT* 878/455-470 (DTR\2008\726);
- A eficácia constitucional no tribunal do júri: limites de observação do devido processo legal, de Cláudio Alberto Gabriel Guimarães – *RT* 922/389-428 (DTR\2012\450368);
- As recentes alterações na lei do tribunal do júri e seu impacto no mundo jurídico, de Jamille Gonçalves Veras – *RCP* 17/49-63 (DTR\2013\573);
- O tribunal do júri na ordem processual garantista constitucional, de Hamilton da Cunha Iribure Júnior – *RT* 926/517-528, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 9/375-385 (DTR\2015\11055); e
- O tribunal do júri nos Estados Unidos – Sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual, de Nádia de Araújo e Ricardo R. Almeida – *RBCCrim* 15/200-216, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 1/805-827 (DTR\1996\664).

Países Baixos: o infindável debate acerca da descriminalização da maconha

The Netherlands: the endless debate about the decriminalization of marijuana

Carmela Marcuzzo do Canto Cavalheiro

Mestre em História Contemporânea pela Universidade de Leiden/Países Baixos. Doutoranda/Pesquisadora de Relações Internacionais na Universidade de Leiden/Países Baixos. Professora de Direito Comunitário e da Integração na Fadisma. Coordenadora do Núcleo de Estudos de Direito Internacional (Nedi) da Fadisma. Advogada autônoma em Santa Maria e Uruguaiana, RS.
smarcuzzo@hotmail.com

Área do Direito: Penal

Resumo: Os Países Baixos, como pioneiros da descriminalização do uso da maconha, já no início dos anos 70 conduziram políticas públicas sobre este tema que hoje suscita discussões profundas na arena internacional. O caso neerlandês ganha maior relevância por abordar de forma pragmática uma temática ainda de difícil discussão para a sociedade civil e partidos políticos em vários países. Ao contrário da percepção generalizada de que nos Países Baixos todos os tipos de drogas seriam legalizados, a descriminalização das drogas leves é levada a cabo por uma política pública para as drogas seriamente estruturada. Os Países Baixos são um exemplo por excelência para demonstrar a fundamental articulação entre órgãos públicos, legislação, partidos políticos e sociedade civil em prol do bem-estar social.

Palavras-chave: Legislação maconha – Países Baixos – Partidos políticos – Sociedade.

Abstract: The Netherlands, as the pioneer of marijuana decriminalization, early in the 1970s have conducted policy approach toward the topic that today foster profound discussions in the international arena. The Dutch case has gained major relevance considering its pragmatic approach to address difficult issues for society and political parties in countries worldwide. On the contrary to general perception that the Netherlands have legalized all drugs, decriminalization of soft drugs is carried out through a well consolidated and serious public policy on drugs. The Netherlands provide an example *par excellence* to demonstrate fundamental articulation between public agencies, legislation, political parties and civil society in favor of social welfare.

Keywords: Legislation marijuana – Political parties – Society – The Netherlands.

Sumário: 1. Introdução – 2. Política pública dos Países Baixos: 2.1 *De Opiumwet*; 2.2 As polêmicas medidas do atual governo neerlandês – 3. Partidos políticos e suas divergentes plataformas políticas para as drogas – 4. Considerações finais – 5. Referências bibliográficas.

Cavalheiro, Carmela Marcuzzo do Canto. Países Baixos: o infindável debate acerca da descriminalização da maconha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 319-336. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

1. INTRODUÇÃO

Analisar a inserção da política pública de descriminalização do uso de drogas leves em território neerlandês é de extrema relevância para conduzir o debate em países como o Brasil. A descriminalização do uso da maconha é tema de complexa discussão, tendo em vista a diversidade de setores e interesses envolvidos para que uma política pública sobre a temática possa ser implementada. Em um momento em que a sociedade brasileira clama pela legalização do plantio doméstico da maconha e sua venda em locais licenciados, faz-se necessário observar a política de descriminalização do uso de drogas leves nos Países Baixos, como país precursor em políticas públicas acerca do tema, e considerar os desafios ainda hoje encontrados por este Estado. O projeto de lei sobre a legalização do uso da maconha proposto por iniciativa popular no Brasil demonstra a importância do tema e a urgência de um debate baseado na experiência de outras sociedades. A implementação de uma política pública de descriminalização do uso da maconha demanda a cooperação de diferentes órgãos e a participação da sociedade civil para compreender as dificuldades em administrar os conflitos em torno da temática.

A inexistência de uma fórmula pronta para tratar da descriminalização do uso de drogas torna fundamental a análise de como outros países executaram políticas para lidar com o problema. A percepção de que legalizar o consumo da maconha automaticamente traria benefícios para a sociedade necessita de uma observação criteriosa em razão da complexidade do assunto. Aspectos como fatores culturais, realidade geográfica e organização política desempenham um relevante papel para entender o *modus operandi* da política pública de drogas em diferentes contextos domésticos. O profícuo debate acerca da descriminalização do uso da maconha no Brasil demanda maior conhecimento sobre como se deu a política pública para o consumo de drogas em países que desde longa data observaram a necessidade em lidar com o assunto de forma pragmática. A discussão sobre a descriminalização do uso da maconha é de extremo interesse da sociedade civil e urge um debate baseado na experiência de outros países com o intuito de elevar a discussão para um patamar realista. Para isso, é essencial analisar a experiência neerlandesa e as demais temáticas relacionadas com uma coesa política pública para o consumo de drogas.

Os Países Baixos ganharam notoriedade internacional como país precursor da descriminalização do uso da maconha desde 1976. O pioneirismo neerlandês acerca da descriminalização do uso da maconha e do haxixe suscitou alguns entendimentos equivocados em âmbito internacional cuja análise merece destaque. Nos Países Baixos a maconha nunca foi legalizada, mas "descriminalizada", tratando-se de dois entendimentos diferenciados. Descriminalizar seria o equivalente a uma "semilegalização". Ao contrário da generalização em torno deste país a que se atri-

bui a legalização de todos os tipos de drogas, a descriminalização da maconha e do haxixe para consumo próprio teve como objetivo controlar e, inclusive reduzir a utilização das drogas em seu território. A política neerlandesa desde seus primórdios adotou um viés pragmático baseado em quatro pilares: informação, prevenção, tratamento e redução do consumo. O debate naquela sociedade, desde seu início, demonstrou a necessidade de uma política pública estruturada para tratar um problema de gigantes proporções em nível internacional. A problemática da droga e seus inúmeros correlacionados temas suscita discussões nas mais variadas áreas em razão do aumento do consumo mundial. O tema vai além do eixo puramente moral, tendo em vista que o assunto merece uma abordagem em sintonia com a importância e complexidade do problema.

O caso neerlandês merece destaque por demonstrar as limitações e debilidades na tentativa de conviver com um problema sem soluções predeterminadas. A constante discussão entre partidos políticos neerlandeses acerca de como lidar com a gravidade do assunto deve ser acompanhada pela comunidade internacional, levando-se em consideração ser este país pioneiro em várias temáticas que hoje provocam acalorados debates em diversos países. Faz-se necessário desmistificar alguns equívocos a respeito da falsa percepção de que nos Países Baixos as "drogas seriam legalizadas". A ideia geral de que neste Estado tudo seria aceitável precisa ser ponderada e analisada com prudência, tendo em vista que a sociedade neerlandesa abriu o debate sobre este polêmico tema. Não há dúvidas de que sua política de drogas é mais tolerável do que em outros países, no entanto algumas restrições importantes devem ser salientadas. Cabe observar que tolerar significa aceitar a existência de um fato controverso e buscar maneiras de lidar com o conflito e solucioná-lo. Tolerar também significa a tentativa de conviver de forma harmônica com um fato sem vislumbrar uma solução para um futuro próximo.[1]

O pioneirismo neerlandês não deve ser desconectado do contexto internacional, observando-se importantes marcos jurídicos como a Convenção Única de Drogas Narcóticas de 1961 emendada pelo Protocolo de 1972, a Convenção de Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Drogas Narcóticas e Substâncias Psicotrópicas de 1988.[2] Estas convenções multilaterais possuíam o intuito de prevenir a produção, oferta e uso de drogas narcóticas e psicotrópicas.

1. Mais informações sobre a definição de tolerância para os Países Baixos em: VAN DALE. *Lexicografie, Tolerantie*. Antwerpen: Utrecht, 1999. p. 3.492. CORNELISSEN, Hans. *De tolerantie van Nederland is één van onze sterkste punten*. Dutch Culture, 2005. Disponível em: [www.sica.nl/content/nl-de-tolerantie-van-nederland-nog-steeds-%C3%A9%C3%A9n--van-onze-sterkste-punten%E2%80%9D]. Acesso em: 02.10.2014.

2. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME – UNODC. Disponível em: [www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/]. Acesso em: 29.06.2015.

Deste modo, a discussão neerlandesa encontra forte respaldo no debate conduzido pela comunidade internacional.

2. POLÍTICA PÚBLICA DOS PAÍSES BAIXOS

É válido retratar como se dá a política pública neerlandesa direcionada para a descriminalização do uso da maconha e a maneira como o assunto é enfocado. O governo não impõe penalidades para a posse de pequenas quantidades de *Cannabis*, permitindo a sua venda em *coffee shops*, fato esse que ameniza os riscos tanto para usuário como para terceiros por evitar, em teoria, o contato com traficantes.[3] No entanto, não são tolerados o cultivo de *Cannabis* tampouco o tráfico de drogas. A ausência de permissão para o cultivo em larga escala torna a importação do *Cannabis* necessária para manter o mercado em território neerlandês. Em razão da inapropriada condição climática nos Países Baixos, o cultivo muitas vezes acaba se dando dentro das residências, fato esse ilícito para a legislação. Em contrapartida, a necessidade de compra em grandes quantidades pelos *coffee shops* para a autorizada venda é uma difícil equação para ser levado a cabo.

As normas para a venda em *coffee shops* são bastante claras, não sendo permitida a venda para menores de idade, a menção a qualquer tipo de publicidade e a venda de drogas pesadas. Em 1976, ano de sua implementação, a legislação neerlandesa previa maiores quantidades de compra por pessoa, tratava-se de 30g, entretanto a partir de 1995 por pressões internacionais e domésticas a quantidade diminuiu para 5g por indivíduo por dia. Embora alguns problemas sejam perceptíveis como se demonstra nesta análise, o sistema neerlandês tem sido considerado bastante eficiente para manter o equilíbrio e harmonia sociais.[4] Sua política pública permite controlar a qualidade do *Cannabis* e do haxixe para o consumo e estabelecer um preço fixo, impedindo que haja negociação entre usuários e traficantes.

Em 1980, o Ministério da Justiça implementou uma política de drogas descentralizada, promovendo a possibilidade de cada província administrar o assunto. Deste modo, a política de drogas tornou-se mais rigorosa em sua modalidade local.[5]

---

3. Da *Cannabis sativa*, podem ser produzidas duas drogas: a maconha e o haxixe. Centro Brasileiro de Informações Sobre Drogas Psicotrópicas – Cebrid. *Drogas psicotrópicas*. Disponível em: [www.cebrid.epm.br/index.php]. Acesso em: 26.09.2014.

4. VOETEN, Erik. Three lessons for Colorado from Dutch *Cannabis* policy. The Washington Post, January 3rd 2014. Disponível em: [www.washingtonpost.com/blogs/monkey-cage/wp/2014/01/03/three-lessons-for-colorado-from-dutch-cannabis-policy/]. Acesso em: 24.09.2014.

5. MACCOUN, Robert; REUTER, Peter. Interpreting Dutch *Cannabis* policy: reasoning by analogy in the legalization debate. *Science*. vol. 278. p. 47-52. out. 1997. Disponível em: [http://

Outra característica interessante da política pública neerlandesa é a coordenação entre vários ministérios coadunada com o tratamento da temática como vinculada à saúde e ao bem-estar da população. Neste sentido, ao Ministério da Saúde Pública, Bem-estar e Esporte compete a adoção de medidas preventivas e cabíveis para o tratamento da dependência química. O Ministério da Justiça possui competência em adotar medidas para reduzir a oferta da droga e combater a criminalidade relacionada com a mesma. Ao Ministro do Interior e das Relações do Reino cabe a solução de assuntos em âmbito local e referentes ao funcionamento da polícia. Além das três instituições supracitadas, outros organismos também se ocupam do tema, como a aduana e os militares.[6] A política de drogas ainda encontra forte respaldo a nível local por meio de consultas com prefeitos e chefes de polícia. A coordenação entre diferentes órgãos demonstra a alçada multiestratégica para conduzir uma temática de grande complexidade.

Ainda nos dias de hoje, a legalização do uso da maconha não é costume na comunidade internacional, todavia a controvérsia demanda uma discussão realista que confira um viés pragmático na busca de soluções. O comércio lícito da droga necessita de embasamento jurídico para que possa ser conduzido e devidamente monitorado. Observar sob o prisma jurídico esclarece a interpretação que a legislação neerlandesa confere para a temática. Para isso, faz-se necessário destacar a Lei do Ópio (*De Opiumwet*) de 1976, sendo essa relevante determinadora da distinção entre a categoria de drogas pesadas (*hard drugs*) e drogas leves (*soft drugs*). Esta diferenciação encontra respaldo quanto ao grau de risco para a saúde humana, sendo a mesma determinadora para aplicar as devidas penalidades.

2.1 *De Opiumwet*

De Opiumwet ou Lei do Ópio, em português, define duas listas de modalidades de drogas, na lista 1 encontram-se as drogas com riscos inaceitáveis para a saúde humana, como cocaína, anfetamina, heroína e LSD.[7] Na lista 2 é classificado o câ-

citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?rep=rep1&type=pdf&doi=10.1.1.205.1771]. Acesso em: 26.09.2014. p. 48-49.

6. GOUWE, D. Van Der; EHRLICH , E.; LAAR, M. W. Van. *Het drugsbeleid in Nederland*. Het Trimbos Instituut, 2009. Disponível em: *[www.rijksoverheid.nl/.../2009/.../het-drugsbeleid-in-]. Acesso em: 27.09.2014. p. 5.*

7. The World Health Organization (WHO), Organização Mundial de Saúde (OMS) classifica as drogas pelo seu grau de periculosidade, em conformidade com critérios de variação de seu perigo tóxico, de acordo com o nível de probabilidade de provocar dependência física e, a velocidade com que esta dependência pode ocorrer. DEGENHARDT, Louisa et al. Illicit drug use. *Comparative classification of health risks*. Geneva: World Health Organization,

nhamo, planta que origina o haxixe e a maconha. A lei também faz uma interessante diferenciação acerca das penalidades atribuíveis para posse, fabricação/produção, venda e exportação. O uso em si não implica em infração penal. As infrações penais relacionadas ao tema devem ser imediatamente identificadas e aplicada a devida pena como determina a legislação. Os promotores de justiça emitem pareceres no sentido de que ofensas ou possíveis atos que dificultam a ação policial agravarão a pena.

A lista 2 ainda é complementada com substâncias que aparecem na lista da Convenção sobre Substância Psicotrópicas.[8] A lei neerlandesa não somente traz uma penalidade menor para as drogas da lista 2, classificadas como leves, mas diminui a pena para as drogas pesadas, lista 1. O uso de drogas pesadas que antes encontrava uma sanção de pena máxima de 4 anos, na atualidade encontra pena máxima de 1 ano ou o pagamento de uma multa de até € 4.500,00 (quatro mil e quinhentos euros), isto é, o equivalente a até R$ 13.812,75 (treze mil oitocentos e doze reais e setenta e cinco centavos).[9] No caso da pena aplicada para drogas pesadas também deve ser mensurada a quantidade e o nível de transtorno trazido para a ordem pública.

A Lei do Ópio considera três fatores para aplicar sanções nos crimes de droga: (1) se o acusado trouxe a droga para território neerlandês ou a exportou para outro território; (2) qual ato haveria sido praticado, se fabricar, cultivar, preparar, processar, vender, entregar, fornecer ou transportar; (3) para o sujeito que possuir antecedentes criminais são avaliados os tipos e a quantidade de droga pesada em sua posse. Para o caso de venda e/ou entrega de droga pesada, o período ou duração de tempo em que foi comercializada também será avaliado.[10] No caso de importação e exportação é comum existirem vários autores do crime e várias atribuições para cada um deles, entre algumas, aquele que embarca, recebe, transporta ou controla de fato as quantidades. A interpretação de cada um destes atos será atribuída pela Justiça Criminal. Neste contexto, a quantidade encontrada da droga pesada combinada com a turbação da ordem pública e, a reincidência no período de 5 anos agravará consideravelmente a pena.

2004. p. 1.112-1.116. Disponível em: [www.who.int/publications/cra/chapters/volume1/0000i-xxiv.pdf]. *Acesso em: 28.09.2014.*

8. OVERHEID. *Het verdrag inzake psychotroppe stoffen, Wenen, 21.02.1971. Geldend op 27.01.2014. Overheid.nl. Disponível em:* [http://wetten.overheid.nl/BWBV0003922/VertalingNL/VDR-TKS1135681/Artikel1/geldigheidsdatum_27-01-2014]. *Acesso em: 27.09.2014.*

9. Pela cotação do dia 25.09.2014 do Banco Central. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Conversão de moedas. Disponível em: [www4.bcb.gov.br/pec/conversao/conversao.asp]. Acesso em: 25.09.2014.

10. BLOM, Mr. T. *Opiumwetgeving en drugsbeleid.* Amsterdam: Kluwer, 2008. p. 168-170.

Não obstante, a legislação neerlandesa seja tolerante para o usuário de drogas leves, como maconha e haxixe, é fundamental ressaltar que a lei pune os crimes relacionados com as drogas pesadas. A política neerlandesa de drogas está muito aquém da liberalização de todas suas modalidades como existe no imaginário de alguns. A existência da Lei do Ópio classifica e determina as sanções e tipos penais em conformidade com o contexto fático do crime. A legislação permite que o usuário de pequenas quantidades de drogas leves não seja penalizado, tendo em vista ser o mesmo considerado um dependente químico que requer tratamento. O caráter preventivo da política de drogas e a proibição de publicidade por parte dos *coffee shops* merecem destaque. Ao mesmo tempo, cabe observar alterações recentes na política pública holandesa a respeito da permissibilidade no acesso à maconha e ao haxixe. A discussão sobre como administrar a política de drogas nos Países Baixos é contínua e deve ser observada atentamente, dada a relevância do tema para a comunidade internacional.

2.2 As polêmicas medidas do atual governo neerlandês

Na Câmara dos Deputados, em 06.03.2008, ocorreu novo debate que trouxe algumas modificações para a política de drogas que merecem ser observadas. Este debate em nenhum momento desconsidera as importantes alterações da Lei do Ópio de 1976, pois segue a mesma lógica de que o consumo de drogas é prejudicial não só para o indivíduo como para a sociedade. O foco de que o problema das drogas necessita de total atenção por parte das políticas públicas continua como um dos temas principais na pauta do debate neerlandês. A política de drogas neerlandesa segue o mesmo viés de distinção entre os usuários de drogas pesadas que significam risco elevado para a sociedade e, aqueles usuários de drogas leves que não causam tantos danos. O estigma e a criminalização do usuário de drogas também devem ser evitados. Os Países Baixos como precursores de polêmicos debates cuja discussão somente na atualidade está presente na comunidade internacional, ainda inovam como na década de 70 ao iniciar a discussão acerca de tratamento para toxicodependência. A política neerlandesa visava solucionar o transtorno trazido pelos usuários de drogas, principalmente nos centros urbanos.

A legislação adotada em 1976 possibilitou a descentralização para as autoridades locais exercerem autonomia com relação ao tema. No entanto, vários problemas surgem em razão da forma como a droga é comercializada, entre eles o aparecimento de organizações criminosas por trás do comércio em larga escala e do cultivo. A disseminação da epidemia de HIV/AIDS entre usuários de drogas injetáveis é outra fonte de preocupação, acompanhada da rápida ascensão da popularidade do *ecstasy* na década de 90, especialmente entre os jovens, exigiram novas medidas a serem implementadas pelo governo neerlandês. O aumento do teor de THC no *Cannabis* para consumo também fomentou novos debates pelo fato de estar as-

sociado ao acréscimo de transtornos mentais.[11] Embora seja bastante difícil detectar os tipos de distúrbios psíquicos trazidos pela *Cannabis sativa*, estudos revelam que o uso da *Cannabis* combinado com outros fatores podem levar ao desenvolvimento de esquizofrenia ou transtorno esquizoafetivo.[12]

O aumento da criminalidade relacionada com o tráfico de drogas levou os Países Baixos a modificarem alguns itens de sua política. A partir de maio de 2012, algumas medidas foram adotadas de forma descentralizada por algumas províncias, como Limburg, Noord-Brabant e Zeeland. De acordo com a legislação destas províncias somente os neerlandeses ou residentes poderiam comprar *Cannabis*, além disso, os mesmos deveriam cadastrar-se para realizar a compra. Neste caso, os clientes de *coffee shops* deveriam apresentar a identidade ou o comprovante de residência, além do *wietpas* para que tivessem direito a efetivar a compra. No entanto, a adoção do *wietpas* gerou alguns imprevistos e demonstrou ser pouco efetiva para o sentido prático do comércio de *Cannabis*.[13] O excesso de burocracia com o surgimento do *wietpas* levou a que o mesmo fosse banido como mecanismo de acesso para a compra, fazendo-se necessária somente a apresentação da identidade ou do comprovante de residência junto com o extrato do registro na devida localidade em território neerlandês.[14]

---

11. O THC é sigla que define o tetraidrocanabinol, sendo a substância química fabricada pela própria maconha, é o principal responsável pelos efeitos da planta. CENTRO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS PSICOTRÓPICAS – CEBRID. Saiba mais sobre as drogas: maconha e TCH. Disponível em: [www.saudeemmovimento.com.br/profissionais/pesquisa/drogas/macolha.htm]. Acesso em: 28.01.2014. Além do THC, a espécie *Cannabis sativa* contém outras 65 substâncias chamadas fitocanabinóides (FC). BONFÁ, Laura; VINAGRE, Ronaldo Contreiras de Oliveira; FIGUEIREDO, Núbia Verçosa de. Uso de canabinóides na dor crônica e em cuidados paliativos. *Revista Brasileira de Anestesiologia*. vol. 58. n. 3. Campinas, maio-jun. 2008. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-70942008000300010&script=sci_arttext]. Acesso em: 28.09.2014.

12. Existe uma linha de estudos por parte de pesquisadores holandeses que associa o uso regular do *Cannabis* com doenças relacionadas com a esquizofrenia. VANSTEELANDT, Kristof. *Psychiatrische effecten van Cannabis gebruik: een kritische analyse van wetenschappelijk resultaten en onderzoeksmethoden*. PhD. Promotor: Prof. Dr. J. Peuskens. Katholiek Universiteit Leuven, Leuven, p. 1-104. 2006. Disponível em: [www.belspo.be/belspo/organisation/publ/pub_ostc/Drug/rDR06_nl.pdf]. Acesso em: 28.09.2014. p. 10.

13. A medida que previa o registro de clientes nos próprios *coffee shops* que frequentavam não é mais adotada por causar incômodo para o turismo da droga. Na província de Zuid-Nederland a resistência da população para se inscrever como condição para ter acesso aos *coffee shops* provocou o efeito indesejável do aumento do comércio de drogas nas ruas. NEDERLANSE PUBLIEK OMROEP. *Wietpas per direct afgeschaft*. 19.11.2012. Disponível em: [http://nos.nl/artikel/442412-wietpas-per-direct-afgeschaft.html]. Acesso em: 27.09.2014.

14. A coalizão entre o Partido dos Trabalhadores holandês, *Partij van de Arbeid* (PvDA), e o Partido Liberal-Conservador, o Partido do Povo para a Liberdade e Democracia, *Volkspartij*

As medidas para regularizar o mercado de drogas leves sofrem constantes modificações para atender aos novos desafios impostos por um problema de elevada complexidade. Em janeiro de 2012 passa a vigorar a norma que prevê distância de no mínimo 350m entre *coffee shops* e escolas. A venda para menores de 18 anos sempre foi proibida pela legislação. Em 2009 havia um total de 666 *coffee shops* em território holandês, em 2011 este número caiu para 651 pela falta da devida licença de funcionamento. Na verdade, esta "licença" é uma espécie de "carta" concedida pela Administração Pública em que consta que o proprietário do estabelecimento é reconhecido como "vendedor de *Cannabis*", sendo esse possibilitado de continuar nesta situação desde que venda de acordo com todos os padrões determinados pela legislação neerlandesa. A autoridade administrativa alega saber que este proprietário vende drogas leves, mas permite que ele continue com o seu negócio se atender todos os padrões legais.

Em 2003, a *Wet Bibob*, em neerlandês, ou Lei *Bibob*, em português, passa a ser o respaldo legal para o mecanismo administrativo que determina o envio da "carta de aviso" para aqueles proprietários de *coffee shops* que não apresentam riscos para o usuário e funcionam em conformidade com todas as normas vigentes. Esta forma de controle também visa privilegiar os empresários honestos que mantém um estabelecimento seguro para usuários.[15] Não obstante as necessárias adequações, a venda em *coffee shops* de drogas leves tem se mostrado um eficaz meio de controle do comércio de *Cannabis*. O fato que mudou com as alterações trazidas em 2012 foi o maior controle exercido por províncias e municípios acerca do tema. A nível local, a política para controle, advertência e fiscalização é realizada pelo prefeito, polícia e Ministério Público.

A questão das drogas é regularmente monitorada pelo Instituto Trimbos (*Trimbos Instituut*) acompanhado de parcerias com universidades neerlandesas. O pedido do Ministro da Saúde, Bem-Estar e Esporte e do Ministro da Justiça sobre informações detalhadas acerca da política pública de drogas ensejou nova discussão que teve como consequência as mudanças analisadas nessa seção, juntamente com o aprofundamento do debate sobre soluções viáveis para o problema. Apesar dos *coffee shops* haverem alcançado o objetivo da política neerlandesa ao diferenciarem drogas pesadas das drogas leves e, permitirem que os usuários destas últimas as

voor Vrijheid en Democracie (VVD) levou a um acordo para banir a adoção do *wietpas* para a compra do *Cannabis*. De wietpas verdwijnt. *AD.nl*. 29.10.2012. Disponível em: [www.ad.nl/ad/nl/1012/Nederland/article/detail/3339224/2012/10/29/De-wietpas-verdwijnt.dhtml]. Acesso em: 28.09.2014.

15. WET BIBOB. Dienst Justis Ministerie van Veiligheid en Justitie. 2003. Disponível em: [www.justis.nl/producten/bibob/wet-bibob/]. Acesso em: 30.09.2014.

utilizassem com relativa segurança; o aumento do consumo entre os jovens causa grandes transtornos. Mesmo em se tratando de drogas leves, o consumo entre jovens representa um grave problema. Em primeiro lugar, aumento do consumo. Em segundo, 100% dos usuários de drogas pesadas antes consumiram as até então pensadas "inofensivas" drogas leves.[16]

A dinamicidade da política de drogas exige constantes debates sobre como lidar com um problema de tamanha magnitude e sujeito a contínuas variações. Por esta razão, as discussões e as plataformas dos partidos políticos neerlandeses precisam ser observadas atentamente. Vale ressaltar algumas das plataformas dos principais partidos políticos para políticas públicas direcionadas para as drogas. Um dos pontos cruciais do debate neerlandês seria a relação das drogas com a criminalidade, ou se atos ilícitos ocorreriam mesmo sem consumo de substâncias ilícitas. Analisar o tema abarca diversos aspectos, como observar a tributação e o controle de preço da *Cannabis*, os riscos para a saúde, aumento da criminalidade, gestão coordenada entre os diferentes órgãos como fundamental para administrar a complexidade do problema, para citar os eixos principais desta discussão.

3. PARTIDOS POLÍTICOS E SUAS DIVERGENTES PLATAFORMAS POLÍTICAS PARA AS DROGAS

Antes de mencionar as plataformas dos principais partidos políticos neerlandeses, é interessante salientar o fato dos Países Baixos serem uma monarquia constitucional e compreender algumas nuances de seu sistema político. Isso significa que o poder da monarquia está delimitado pela própria Constituição. A diferença de outras monarquias europeias como Suécia, Dinamarca e Espanha, de acordo com o sistema dos Países Baixos, o rei ou rainha participa do governo a ponto de constituir parte do governo. O art. 42 de sua constituição alude que o governo neerlandês é formado pelo rei ou rainha e ministros. Os Países Baixos são também conhecidos como democracia parlamentar, ou seja, possuem um parlamento com representantes eleitos diretamente pelo povo. Em uma democracia parlamentar, o governo deve ter a confiança da maioria dos partidos no parlamento. No caso de perda desta confiança, o governo pode ser retirado pelo parlamento.

Partidos políticos são grupos de pessoas reunidas em torno de uma afinidade política sobre determinadas temáticas. Os partidos políticos tentam por meio das eleições conseguir o maior número de assentos em órgãos de representação do povo. No caso neerlandês, estes órgãos são: a Câmara de Deputados; os órgãos de

16. BIELEMAN, B. et al. *Coffeeshops in Nederland 2011: aantallen coffeeshops en gemeentelijk beleid 1999-2011*. Ministerie van Veiligheid en Justitie. Groningen: Intraval, 2012. p. 23.

representação de cada província (ao todo são 12 províncias nos Países Baixos); os Conselhos que são os principais órgãos administrativos do município (compostos por 45 líderes) e os Comitês de Água locais. Além dos assentos que os neerlandeses dispõem no Parlamento Europeu. O maior número de assentos de determinado partido nos órgãos supracitados significa maior influência no governo.[17] O partido político é uma espécie de associação eleitoral e para participar das eleições necessita apresentar uma lista de candidatos. Como será demonstrado por meio dos principais partidos do cenário político neerlandês, os partidos apresentam diferentes ideologias e ideias acerca dos temas que afetam a sociedade. Por esta razão, é fundamental observar os distintos posicionamentos sobre a política dos Países Baixos para o tema das drogas, não obstante a implementação de políticas públicas na década de 70.

A análise da plataforma política de alguns dos principais partidos políticos neerlandeses torna o debate sobre a legalização das drogas bastante promissor por demonstrar detalhes que geralmente não são sequer citados em âmbito internacional. Os debates sobre a legalização do uso da maconha muitas das vezes possuem um viés bastante simplificado e identificar situações corriqueiras vivenciadas em locais que toleram o seu uso. A maior participação da sociedade civil nesta discussão deve ser levada a cabo para impulsionar o debate preciso, ferramenta fundamental para aqueles países que ainda não adequaram suas legislações para tratar do assunto. Partidos políticos, bem como sociedade civil são os principais interessados em buscar políticas públicas que visem tornar mais harmônico o convívio social em face do crescente aumento do uso de drogas.

O fato da política de drogas neerlandesa ser de longa data permite acomodações com medidas que falharam e são adaptáveis ao contexto atual. Observar um modelo já consolidado é de extrema relevância para acompanhar os debates em vários países que já optaram pela legalização, ou aqueles Estados que ainda não encontraram uma forma de lidar com um assunto tão controverso. Obviamente, países possuem distintos antecedentes históricos, diferentes dimensões territoriais, culturas heterogêneas e divergentes formas de organização interna. Entretanto, a experiência dos Países Baixos necessita ser relembrada com o objetivo de trazer à tona um debate realista e em consonância com a urgência de políticas de drogas no âmbito doméstico e internacional. Existe um total descompasso entre a projeção do Brasil como emergente potência internacional e a ausência de uma política pública pragmática para temas de tamanha seriedade como a política para o uso de drogas.

17. INSTITUUT VOOR PUBLIEK EN POLITIEK. *Politiek in Nederland*: democratie en bestuur. Amsterdam, 2009. Disponível em: [www.advlimburg.nl/media/33864/politiek_20in_20nederland.pdf]. Acesso em: 28.09.2014. p. 7-8.

Debater experiências concretas é de fundamental importância para consolidar uma política de drogas eficaz em território nacional.

Para tanto, é válido observar que o cultivo em território neerlandês da *Cannabis sativa* é proibido, somente a sua venda é regulamentada nos *coffee shops*. Atualmente, as plantas são cultivadas na parte detrás dos estabelecimentos de venda. Neste cenário, vários aspectos da atual política de drogas neerlandesa sofrem críticas por parte de diferentes partidos. Alguns possuem uma visão sobre como avançar nas políticas já implementadas de modo a regulamentar situações práticas, outros partidos acreditam que retroagir a política de tolerância seria a melhor forma de lidar com o tema.[18] As opiniões divergem e os argumentos são múltiplos, por esta razão aqueles que mais se contradizem requerem análise.

Segundo alega o Partido dos Trabalhadores, *Partij van de Arbeid* (PvdA), esta tolerância para o cultivo nos fundos dos *coffee shops* colabora para o cultivo ilegal em maiores proporções e favorece o crime organizado. Experimentos regionais para o cultivo controlado seriam uma maneira de evitar que o problema se agravasse.[19] As plataformas se contrapõem, inclusive acerca das políticas públicas em linhas gerais, como a proposta do Partido Democrata-Cristão, *het Christen-Democratisch Appèl* (CDA), o qual alega que deveria haver uma redução gradativa no número de *coffee shops* de modo a extingui-los futuramente. Isso levaria ao fim do turismo de drogas, dos incômodos sociais e danos individuais. O CDA defende ser inviável legalizar o cultivo em um contexto internacional em que a maioria dos países não legalizam as drogas.[20]

Seguindo o argumento do CDA, A União Cristã, *Christen Unie*, defende a extinção dos cafés. No entanto em uma linha mais radical, a União Cristã advoga por penas mais severas para os menores de idade usuários, bem como para os turistas

18. Os partidos analisados têm representação no parlamento neerlandês. Isto significa que dispõem de maior tempo para exporem suas ideias em mídias como televisão e rádio. PARLEMENT & POLITIEK. *Politiek Partij*. Disponível em: [www.parlement.com/id/vh8lnhrp1x06/politieke_partij]. Acesso em: 26.09.2014. O sistema de partidos políticos surge nos Países Baixos ao final do século XIX. A partir de então surgem várias correntes, liberais, conservadores, antirrevolucionários, no entanto somente em 1917 eleições são realizadas em todos os distritos. PARLEMENT & POLITIEK. *Historische Ontwikkeling*. Disponível em: [www.parlement.com/id/vh8lnhrp1x06/politieke_partij#p3]. Acesso em: 26.09.2014.

19. REBEL-VOLP, Marith. *Maak einde aan overlast door drugscriminaliteit*. Partij van de Arbeid. 24.01.2014. Disponível em: [www.pvda.nl/berichten/2014/01/Maak+einde+aan+overlast+door+drugscriminaliteit]. Acesso em: 30.09.2014.

20. HET CHRISTEN-DEMOCRATISCH APPÈL. Standpunt: Drugs, Alcohol en Tabak. jan. 2014. Disponível em: [www.cda.nl/standpunten/standpunt/drugs-alcohol-en-tabak/]. Acesso em: 29.09.2014.

de drogas e os traficantes. A União Cristã ainda cogita extinguir a divisão entre drogas leves e pesadas como alicerce da política de drogas.[21] Como proposto por este partido, deveria haver uma política de tolerância zero para as drogas de modo a retroagir todo o pioneirismo do país sobre o assunto. Embora de forma menos conservadora, existe uma corrente que defende que a atual política de drogas não traria os benefícios imaginados e fomentaria a prática de episódios indesejáveis. O Partido do Povo para a Liberdade e Democracia, *de Volkspartij voor Vrijheid en Democratie* (VVD), exprime que a divisão entre drogas leves e pesadas aos poucos desaparece e perde a sua razão de existir. Mesmo as drogas leves podem levar a problemas para os jovens como dependência ou doença mental. Os *coffee shops* também são fontes de intermináveis conflitos para os moradores de seus arredores. Usuários estrangeiros são atraídos pela política de drogas neerlandesa, e, portanto, o VVD defende a restrição da venda para estrangeiros.[22]

O Partido para a Liberdade, *Partij voor de Vrijheid* (PVV), defende a intolerância acerca das drogas e repressão para os crimes relacionados com as mesmas, também defende a internação por medida coercitiva para os toxicodependentes. Ao invés de 350m, os *coffee shops* deveriam respeitar uma distância de no mínimo 1 km das escolas. A maioridade penal, que hoje é de 18 anos, deveria diminuir para 16. Pelo fato de ser um partido que ganha destaque cada vez maior pela mídia neerlandesa e internacional por adotar posições conservadoras como intolerância com imigrantes e a retirada dos Países Baixos da União Europeia, este partido deve ser observado.[23] O PVV representa uma classe média que alega que o modelo econômico favorece uma elite e não aqueles que trabalham pelo país. Seu líder, o neerlandês, Geert Wilders defende vários temas polêmicos, seu partido teve grandes chances de ganhar a maior parte dos votos nas eleições para o Parlamento Europeu em maio de 2014. No entanto, as normas do Parlamento Europeu não permitiriam um mandato concomitante para o político. Neste diapasão, a política de tolerância zero do PVV também encontra aplicação para a política de drogas. A ascensão do PVV pode significar mudanças na postura liberal adotada pelos Países Baixos.

Como observado, os pontos de vista se diferenciam em vários aspectos. O Partido Verde de Esquerda, *Groen Links*, apresenta uma extensão da política neerlandesa

21. SEGERS, *Gert-Jan. Stanpunten*: Drugs. Christen Unie, 12.09.2012. Disponível em: [www.christenunie.nl/nl/standpunten/veiligheid-en-justitie#faqItem2280]. Acesso em: 29.09.2014.

22. DE VOLKSPARTIJ VOOR VRIJHEID EN DEMOCRATIE. *Veiligheid en Vrijheid*: drugs. 2014. Disponível em: [www.vvd.nl/standpunten/146/drugs#lezen]. Acesso em: 29.09.2014.

23. PARTIJ VOOR DE VRIJHEID. De agenda van hoop en optimisme: een tijd om te kiezen, PVV 2010-2015. Disponível em: [www.parlement.com/9291000/d/2010_pvv_verkiezingsprogramma.pdf]. Acesso em: 05.10.2014.

da década de 70 com alguns desdobramentos para aperfeiçoá-la. Conforme o *Groen Links* enfatiza ao invés de descriminalizar as drogas leves, as mesmas deveriam ser "legalizadas" e os *coffee shops* deveriam ser transformados em indústrias com possibilidade de cultivo em maior escala. Sua plataforma partidária defende que a polícia e a justiça devem controlar crimes como furto, roubo e violência doméstica. As drogas leves devem ser legalizadas, simultaneamente deve haver maior controle e fiscalização com as chamadas drogas pesadas. Também deve haver um programa focado em alertar as pessoas sobre problemas relacionados com as drogas como toxicodependência.[24]

Por também ser oposição como o *Groen Links*, o Partido Socialista, *Socialitische Partij* (SP), defende uma visão promissora com novos mecanismos necessários para regulamentar algumas medidas para as quais não há previsão legal. A visão do SP se assemelha à da Lei do Ópio de 1976 com o aprimoramento dos necessários mecanismos para lidar com as questões relacionadas com as drogas. O SP argumenta que venda e cultivo precisam ser legalizados de modo a possibilitar um maior controle da criminalidade e a respeito da qualidade do *Cannabis* para consumo. As drogas pesadas continuariam ilegais por causarem danos excessivos para a saúde. O SP salienta a importância de um programa direcionado para jovens de 18 anos, ao mesmo tempo em que os pais deveriam ser mais responsabilizados pelo consumo de drogas por seus filhos.[25]

Existe certa correlação entre uma plataforma política mais conservadora em períodos de crise econômica. A política de implementar um *wietpas* como a adotada em algumas províncias para atribuir maior controle ao comércio demonstrou pouco sentido para o lado prático do comércio. A ideia de extinguir o turismo de drogas tampouco ganha respaldo por parte da província de Amsterdam, por representar esse forte chamariz para grande parte dos turistas, embora nem todos sejam necessariamente usuários. Mesmo nos Países Baixos com sua significativa experiência em políticas públicas de drogas, observa-se que o tema não é um pacote fechado com soluções estabelecidas. Administrar a complexidade do assunto e seus problemas afins exige constante debate, sendo uma temática que sempre demandará caráter prioritário para discussões partidárias.

Pelo fato de ser país precursor na política de drogas, existe uma preocupação dos Países Baixos em fomentar o constante debate, além de analisar a real viabilida-

24. GROEN LINKS. Standpunten: soft drugs. 2014. Disponível em: [https://groenlinks.nl/standpunten/softdrugs]. Acesso em: 05.10.2014.

25. SOCIALITISCHE PARTIJ. Recht en veiligheid: drugs. 2014. Disponível em: [www.sp.nl/justitie/standpunten/justitie/standpunten/cd_116/standpunt_over_drugs.html]. Acesso em: 05.10.2014.

de em adotar esta forma tão singular de tratar um problema que até hoje é considerado tabu em vários países. Monitorar os riscos para a saúde, especialmente de jovens, tem sido fonte de preocupação por parte das autoridades deste país. A relação entre descriminalização de drogas leves e bem-estar social é ponto chave nas pesquisas conduzidas por institutos neerlandeses. Detectar ainda nos anos 1970 que o debate sobre a legalização ou descriminalização das drogas seria de extrema necessidade para o salutar convívio em sociedade, elenca os Países Baixos ao patamar de crucial foco de estudo para temas que somente na atualidade são discutidos na agenda internacional.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao determinar a venda da *Cannabis* exclusivamente nos *coffee shops*, os Países Baixos favorecem o maior controle em relação ao seu comércio de rua e à venda ilegal. A formalização do comércio é ponto chave para uma eficiente política pública de drogas para vários países e, inclusive, para o Brasil. Como observado, a fiscalização em torno dos *coffee shops* possibilita um controle sobre a qualidade da droga consumida, a sua quantidade para consumo próprio e a proibição da venda para menores de 18 anos. Entender a gravidade e nuances de um problema tão sério formam parte da política pública neerlandesa, devendo a mesma ser observada justamente por entender *ab initio* a necessária dinamicidade para lidar com a temática. O exemplo dos Países Baixos demonstra a ineficácia de medidas repressivas para compreender a causa do consumo de drogas.

Não obstante as dificuldades em se obter uma solução eficaz para o consumo de drogas, a proibição tem demonstrado efeitos nefastos para a sociedade. Como é reconhecido pelos organismos de gestão neerlandeses, a política de drogas demanda cooperação internacional. A descriminalização do uso da maconha e do haxixe não extingue *per se* o tráfico de drogas e o crime organizado. No entanto, deve-se pensar um modelo alternativo para confrontar o problema e tornar viáveis níveis melhores de convivência em sociedade. Uma legislação que regularize o uso da *Cannabis* deve ser acompanhada da descriminalização de sua venda e cultivo como *conditio sine que non* para a implementação de uma política pública eficiente. Não existe uma forma de "tolerar" a venda sem possibilitar o cultivo sob o risco de que algum setor funcione na ilegalidade. Neste diapasão, a legalização da maconha exigiria uma política complexa que abarque o cultivo, a distribuição e o comércio.

A descriminalização da maconha em âmbito doméstico deve vir acompanhada da imprescindível medida de "prevenção" como mecanismo fundamental a ser adotado na política pública. Informar a população brasileira, principalmente os jovens, acerca das possíveis consequências trazidas pelo uso de drogas leves e pesadas é parte essencial para diminuir seu uso na população. Debater a descriminalização

do consumo da maconha em um país com dimensões territoriais continentais como o Brasil exige uma ampla discussão desde uma perspectiva biomédica, socioeconômica, tributária, política, institucional, para citar algumas. A necessária urgência no debate deve ser conduzida de forma a dimensionar seus múltiplos aspectos, cada país possui distintas formas de organização interna, entretanto, o Brasil não pode deixar de analisar outras realidades acerca do tema. A descriminalização do uso da maconha deve ser discutida sob uma perspectiva doméstica sem deixar de observar a conexão da temática com a comunidade internacional e a evolução do seu debate em outros países.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AD.nl. De wietpas verdwijnt 29 out. 2012. Disponível em: [www.ad.nl/ad/nl/1012/Nederland/article/detail/3339224/2012/10/29/De-wietpas-verdwijnt.dhtml]. Acesso em: 28.09.2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Conversão de moedas. Disponível em: [www4.bcb.gov.br/pec/conversao/conversao.asp]. Acesso em: 25.09.2014.

BIELEMAN, B. et al. Coffeeshops in Nederland 2011: aantallen coffeeshops en gemeentelijk beleid 1999-2011. Ministerie van Veiligheid en Justitie. Groningen: Intraval, 2012.

BLOM, Mr. T. *Opiumwetgeving en drugsbeleid*. Amsterdam: Kluwer, 2008.

BONFÁ, Laura; VINAGRE, Ronaldo Contreiras de Oliveira; FIGUEIREDO, Núbia Verçosa de. Uso de canabinóides na dor crônica e em cuidados paliativos. *Revista Brasileira de Anestesiologia*. vol. 58. n. 3. Campinas, maioo-jun. 2008. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-70942008000300010&script=sci_arttext]. Acesso em: 28.09.2014.

CENTRO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS PSICOTRÓPICAS – CEBRID. Drogas psicotrópicas. Disponível em: [www.cebrid.epm.br/index.php]. Acesso em: 26.09.2014.

_____. Saiba mais sobre as drogas: maconha e TCH. Disponível em: [www.saudeemmovimento.com.br/profissionais/pesquisa/drogas/macolha.htm]. Acesso em: 28.01.2014.

CORNELISSEN, Hans. *De tolerantie van Nederland is één van onze sterkste punten*. Dutch Culture, 2005. Disponível em: [www.sica.nl/content/nl-de-tolerantie-van-nederland-nog-steeds-%C3%A9%C3%A9n-van-onze-sterkste-punten%E2%80%9D]. Acesso em: 02.10.2014.

COLORADO embarks on an unprecedent experiment. Marijuana legalisation. *The Economist*. vol. 410. London: The Economist, jan. 2014.

EUROPE'S TEA PARTIES. Leaders. *The Economist*. vol. 410. London: The Economist, jan. 2014.

DE VOLKSPARTIJ VOOR VRIJHEID EN DEMOCRATIE. Veiligheid en Vrijheid: drugs. 2014. Disponível em: [www.vvd.nl/standpunten/146/drugs#lezen]. Acesso em: 29.09.2014.

DEGENHARDT, Louisa et al. Illicit drug use. *Comparative Classification of Health Risks*. Geneva: World Health Organization, 2004. p. 1112-1116. Disponível em: [www.who.int/publications/cra/chapters/volume1/0000i-xxiv.pdf]. Acesso em: 28.09.2014.

DIENST JUSTIS MINISTERIE VAN VEILIGHEID. Wet Bibob, 2003. Disponível em: [www.justis.nl/producten/bibob/wet-bibob/]. Acesso em: 30.09.2014.

GOUWE, D. Van Der; EHRLICH , E.; LAAR, M. W. Van. *Het drugsbeleid in Nederland*. Het Trimbos Instituut, 2009. Disponível em: [www.rijksoverheid.nl/.../2009/.../het-drugsbeleid-in-]. Acesso em: 27.09.2014.

GROEN LINKS. Standpunten: soft drugs. 2014. Disponível em: [https://groenlinks.nl/standpunten/softdrugs]. Acesso em: 05.10.2014.

HET CHRISTEN-DEMOCRATISCH APPÈL. Standpunt: Drugs, Alcohol en Tabak. jan. 2014. Disponível em: [www.cda.nl/standpunten/standpunt/drugs-alcohol-en-tabak/]. Acesso em: 29.09.2014.

INSTITUUT VOOR PUBLIEK EN POLITIEK. *Politiek in Nederland*: democratie en bestuur. Amsterdam, 2009. Disponível em: [www.advlimburg.nl/media/33864/politiek_20in_20nederland.pdf]. Acesso em: 28.09.2014.

MACCOUN, Robert; REUTER, Peter. Interpreting Dutch *Cannabis* policy: reasoning by analogy in the legalization debate. *Science*. vol. 278. p. 47-52. out. 1997. Disponível em: [http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?rep=rep1&type=pdf&doi=10.1.1.205.1771]. Acesso em: 26.09.2014.

NEDERLANSE PUBLIEK OMROEP. *Wietpas per direct afgeschaft*. 19.11.2012. Disponível em: [http://nos.nl/artikel/442412-wietpas-per-direct-afgeschaft.html]. Acesso em: 27.09.2014.

OVERHEID. Het Verdrag inzake psychotroppe stoffen, Wenen, 21.02.1971. Geldend op 27.01.2014. Overheid.nl. Disponível em: [http://wetten.overheid.nl/BWBV0003922/VertalingNL/VDRTKS1135681/Artikel1/geldigheidsdatum_27-01-2014]. Acesso em: 27.09.2014.

PARLEMENT & POLITIEK. Politiek Partij. Disponível em: [www.parlement.com/id/vh8lnhrp1x06/politieke_partij]. Acesso em: 26.09.2014.

_____. Historische Ontwikkeling. Disponível em: [www.parlement.com/id/vh8lnhrp1x06/politieke_partij#p3]. Acesso em: 26.09.2014.

PARTIJ VOOR DE VRIJHEID. De agenda van hoop en optimisme: een tijd om te kiezen, PVV 2010-2015. Disponível em: [www.parlement.com/9291000/d/2010_pvv_verkiezingsprogramma.pdf]. Acesso em: 05.10.2014.

REBEL-VOLP, Marith. *Maak einde aan overlast door drugscriminaliteit*. Partij van de Arbeid. 24.01.2014. Disponível em: [www.pvda.nl/berichten/2014/01/Maak+einde+aan+overlast+door+drugscriminaliteit]. Acesso em: 30.09.2014.

SEGERS, Gert-Jan. Stanpunten: Drugs. Christen Unie, 12.09.2012. Disponível em: [www.christenunie.nl/nl/standpunten/veiligheid-en-justitie#faqItem2280]. Acesso em: 29.09.2014.

SOCIALITISCHE PARTIJ. Recht en veiligheid: drugs. 2014. Disponível em: [http://www.sp.nl/justitie/standpunten/justitie/standpunten/cd_116/standpunt_over_drugs.html]. Acesso em: 05.10.2014.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME – UNODC. Disponível em: [www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/]. Acesso em: 29.06.2015.

VAN DALE. *Lexicografie, Tolerantie*. Antwerpen: Utrecht, 1999.

VAN DER GOUWE, D. et al. *Het drugsbeleid in Nederland*. Het Trimbos Instituut, 2009. Disponível em: [www.rijksoverheid.nl/.../2009/.../het-drugsbeleid-in-]. Acesso em: 27.09.2014.

VAN DER STEL, Jaap. Debat over legalizering van drugs gewenst. *NRC Handelsblad*, 17.04.2000. CEDRO, Centrum dor Drugsonderzoek. Universiteit van Amsterdam, 2000.

VAN LAAR, Margriet. Evaluatie van het Nederlandse drugsbeleid. *Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum*. Ministerie van Justitie. Utrecht: Trimbos Instituut, 2009.

VANSTEELANDT, Kristof. *Psychiatrische effecten van Cannabis gebruik*: een kritische analyse van wetenschappelijk resultaten en onderzoeksmethoden. PhD. Promotor: Prof. Dr. J. Peuskens. Katholiek Universiteit Leuven, Leuven, p. 1-104. 2006. Disponível em: [www.belspo.be/belspo/organisation/publ/pub_ostc/Drug/rDR06_nl.pdf]. Acesso em: 28.09.2014.

VOETEN, Erik. Three lessons for Colorado from Dutch *Cannabis* policy. *The Washington Post*. jan. 2014. Disponível em: [www.washingtonpost.com/blogs/monkey-cage/wp/2014/01/03/three-lessons-for-colorado-from-dutch-cannabis-policy/]. Acesso em: 24.09.2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A descriminalização do usuário de drogas e do pequeno traficante – A justiça restaurativa, de Antonio Baptista Gonçalves – *RIASP* 30/87-131 (DTR\2012\451353);
- Democracia, liberdade de expressão e dissenso "marcha da maconha" e limites constitucionais à interpretação do art. 287 do CP, de Ana Elisa Liberatore S. Bechara – *RBCCrim* 91/489-530 (DTR\2011\2350);
- Semear, cultivar ou colher maconha, mesmo que em pequena quantidade, configura crime de tráfico, de Renato Flávio Marcão – *RT* 816/433-438 (DTR\2003\580);
- Tóxicos – A maconha e sua criminalização ou descriminalização, de Geraldo Gomes – *RT* 694/433-436, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 7/167-173 (DTR\1993\412); e
- Tóxicos: a maconha, seu princípio ativo, seu teor de concentração, sua dose e sua punibilidade, de Orlando Gomes – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 7/301-313 (DTR\2012\1626).

8303?

A CRIMINALIZAÇÃO DOS IMIGRANTES IRREGULARES E A EDIFICAÇÃO DO SUBSISTEMA PENAL DE EXCEÇÃO (OU DO INIMIGO): O TRISTE EXEMPLO DA LEGISLAÇÃO ITALIANA E ESPANHOLA

THE CRIMINALIZATION OF THE ILLEGAL IMMIGRANTS AND THE CONSTRUCTION OF THE PENAL EXCEPTION SUBSYSTEM (OR THE ENEMY): THE SAD EXAMPLE OF THE ITALIAN AND THE SPANISH LEGISLATION

JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA

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

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O trabalho busca evidências, na legislação italiana e espanhola (e, pois, na própria UE), que sugerem que os imigrantes irregulares, sujeitos de grupos étnicos minoritários, estão sendo objeto de um discurso criminalizador na lei e na política governamental. Vislumbra-se uma tendência crescente de catalogar os imigrantes irregulares como não cidadãos e perigosos, pendendo, portanto, a uma criminalização racista, já que a cidadania dos países centrais se constitui no requisito indispensável para o reconhecimento de direitos humanos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Imigração irregular – Direito penal do inimigo – Estado de exceção – Subsistema penal de exceção – Exclusão.

ABSTRACT: This report seeks evidence in the Italian and the Spanish legislation (and therefore in the EU itself), which suggests that illegal immigrants, members of ethnic minority groups, are the subject of a criminalizing discourse in the law and in government policy. A growing trend can be seen where the illegal immigrants are classified as non-citizens and dangerous individuals, thus leaning to become a racist criminalization, since the citizenship of the central countries constitutes the indispensable requirement for the recognition of fundamental human rights.

KEYWORDS: Illegal Immigration – Criminal law of the enemy – Exception status – Criminal exception Subsystem – Exclusion.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A legislação italiana e seu "pacote de segurança" no combate à imigração irregular: a criminalização da imigração clandestina, a expulsão administrativa do imigrante e a punição daquele que concorrer à imigração irregular – 3. Análise da legislação espanhola no

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A criminalização dos imigrantes irregulares e a edificação do subsistema penal de exceção (ou do inimigo): o triste exemplo da legislação italiana e espanhola. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 337-381. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

trato da imigração ilegal: do combate à imigração irregular à sua expulsão administrativa (do imigrante irregular) - 4. Algumas considerações: o significado "latente" da política criminal no trato da imigração: o imigrante no papel do inimigo - 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos humanos dos imigrantes,[1] no cenário global, estão longe de serem implementados; ao contrário, trata-se de tarefa árdua protegê-los, especialmente pelo fato de que reina uma contraposição entre a soberania nacional (local dos direitos fundamentais restritos ao cidadão) e os direitos humanos dos imigrantes, os novos apátridas do mundo cosmopolita. Por óbvio, não pode ser esquecida a ênfase midiática conferida à questão da segurança coletiva e ao temor do crime, correlatos ao processo de fragmentação social e experimentados pela atual sociedade do risco ou do capitalismo tardio (Ulrich Beck).[2-3] Nesse cenário de perda da confiança e de laços sociais,[4] renascem antigos ódios raciais e de classes,[5] entre eles o rechaço ao imigrante, bem como a discriminação de lugares perigosos e à estigmatização de seus habitantes, seja pela utilização de estereótipos negativos (o forasteiro), seja de outra nacionalidade, classe social ou racial, *etnografias do outro* demonizado como fator de perigo e insegurança.[6] Não é por acaso que a alteralidade do imigrante é apresentada como sujeito de risco/perigo/terrorista,[7] radical racionalidade que se

1. Sobre o tema da criminalização dos imigrantes na Europa e a consolidação de um verdadeiro sistema penal de exceção (ou do inimigo), consultar obra de minha autoria: LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Imigração, criminalização e subsistema penal de exceção*. Curitiba: Juruá, 2013.
2. BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 157-262.
3. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2006. p. 29-65.
4. Conforme BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. p. 25-39. Consultar, de igual sorte, CASTEL, Robert. *La inseguriad social: que es estar protegido*? Trad. Viviana Ackerman. Buenos Aires: Manatial, 2004. p. 17-62.
5. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 7-140.
6. Consultar DUFOUR, Dany-Robert. *A cidade perversa: liberalismo e pornografia*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 279-297.
7. Veja-se, por todos, CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Reus, 2010. p. 24-51, para quem a política criminal empreendida no "combate" ao terrorismo, em apertada síntese, constitui-se num direito excepcional e influenciada pelo Direito Penal do inimigo idealizado por Jakobs.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A criminalização dos imigrantes irregulares e a edificação do subsistema penal de exceção (ou do inimigo): o triste exemplo da legislação italiana e espanhola. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 337-381. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

tornou mais intensa após os fatos de 11.09.2001,[8-9] gerando, num ponto extremo, um verdadeiro subsistema penal de exceção.[10]

A complexidade do tema mostra-se pelo fato de que a imigração internacional se converteu, graças aos efeitos da globalização tecnológica[11] e do crescimento das desigualdades sociais e econômicas, em fenômeno dramático a ser enfrentado pelos Estados nacionais,[12] notadamente os centrais, que passaram a ter que conviver com a pressão migratória. Nesse cenário de migrações massivas para o norte, num verdadeiro exercício subjetivo de busca por melhores oportunidades no exterior,[13] tal fenômeno é encarado, no debate hegemônico, como um "problema" que causa intenso "mal-estar" e deve ser enfrentado e controlado. Logo, a imigração deixa de ser encarada como o exercício de um direito subjetivo de "fuga"[14] por melhores condições de vida (Direito das "gentes", na formulação kantiana),[15] para transitar numa zona cinzenta e ambígua na luta contra o terrorismo e tráfico de drogas, ficando, em um segundo plano a retórica de proteção aos imigrantes irregulares, normalmente vítimas de tráfico e exploração. Com efeito, pode-se referir que a violação dos direitos dos imigrantes irregulares (discriminação racial, xenofobia e exclusão) é "invisível", pois a cegueira deliberada do discurso oficial associa o imigrante à criminalidade, como um fator de risco, razão pela qual é catalogado/etiquetado como o "inimigo" da ocasião e merecedor, portanto, da exasperação da persecução penal. Logo, a imigração, longe de ser reconhecida pelo seu potencial de liberação (ou de uma ética da libertação, na

8. Consultar MÍGUEZ, Daniel; ISLA, Alejandro. *Entre la inseguridad y el temor: instantáneas de la sociedad actual*. Buenos Aires: Paidós, 2010. p. 94-147.
9. Importa a leitura de VIRILIO, Paul. *Un paisaje de acontecimientos*. Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Paidós, 1997. p. 35-61 (cibernética socipolítica, p. 41).
10. Conforme BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007. p. 14-17.
11. SINGER, Peter. *Um só mundo:* a ética da globalização. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 01-66.
12. Nesse sentido, ver MEZZADRA, Sandro. *Derecho de fuga: migraciones, ciudadania y globalización*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2005. p. 47-54.
13. Tal "direito subjetivo de fuga" pode ser definido como uma verdadeira pulsão da libertação de mobilidade social, representada pelo êxodo incessante, estimulado, por exemplo, pela pobreza e turbulência política no Norte da África e a Primavera Árabe de 2011.
14. Idem, p. 81 e ss., define o "direito a migrar" como um verdadeiro direito subjetivo (político) e social, que vem expresso no gesto do imigrante que tenta fugir das coações exercidas pela estrutura econômica, social e política de seu país de origem. Ver p. 45-46.
15. Consultar: LYRA, José Francisco Dias da Costa. Uma leitura kantiana de "tolerância zero" nos planos internacional e nacional. *Revista da Ajuris* 114/146-167.

formulação de Enrique Dussel),[16] é recepcionada como fator de criminalidade. Converte-se, dessa maneira, em um "fato político total", que se alimenta do medo e da insegurança social rumo a certa "coesão social", que se legitima, desde Carl Schmitt,[17] pela identificação do inimigo interno ou externo, partindo do pressuposto de que a soberania do Estado advém de sua autoafirmação contra inimigos internos e externos.

Dessa forma, pretende-se, num primeiro momento, analisar os processos de criminalização da imigração irregular na Itália e Espanha, que agasalham orientação da Comunidade Europeia e as respectivas diretivas, que culminaram por consolidar uma política de "guerra" e de estranhamento com relação à imigração clandestina, para verificar, ao final, as consequências de tal política criminal. Parte o estudo da análise do tratamento da imigração na Itália e Espanha, a fim de demonstrar o que é velado pelo discurso oficial, pois, enquanto pretende proteger o imigrante irregular do tráfico/exploração, na verdade, procura restringir a imigração, que deve ser gestionada pelo sistema penal, na medida em que é identificada como uma classe perigosa "por natureza". Por tal política criminal de "estranhamento" com relação ao imigrante clandestino, esse passa a ser construído, na sua alteralidade e midiaticamente,[18] como o "inimigo", em busca das "migalhas" do bem-estar ainda existente nos países centrais.[19] Não é por acaso que, nesse triste cenário de pauperização das pautas inclusivas, os imigrantes são despidos dos seus direitos humanos fundamentais e convertidos em "não pessoas", na perfeita observação de Alessandro Dal Lago, para quem a modernidade tem-se especializado em criar estratégias para uma "desumanização", ou espoliação do ser humano a uma exclusão radical.[20]

Importa notar que a opção pelo controle penal se constitui, verdadeiramente, em um projeto punitivo pós-fordista e excludente[21-22-23] destinado a remediar a cri-

16. DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Trad. Ephraim Ferreira Alves et al. Petrópolis: Vozes, 2002.

17. SCHMITT, Carl. *O conceito do político: teoria do partisan*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 19-28.

18. Ver, por todos, BUCCI, Eugênio; KEHL, Maria Rita. *Videologias*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 27-117.

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

20. DAL LAGO, Alessandro. Personas y no-personas. In: SILVEIRA GORSKI, Hector C. (org.). *Identidades comunitárias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 127-144.

21. Veja-se, nesse sentido, YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na sociedade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 15-25.

22. DE GIORGI, Alessandro. *Toleracia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Trad. Iñaki Rivera e Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005.

se de bem-estar. Utiliza-se, para tanto, o sistema flexível da "empresa-penal",[24] orientação criminológica que procura gestionar e controlar a imigração *governando através do delito* (Jonatahn Simon),[25] estratégia fundamental que usa o delito como forma de estancar as correntes migratórias de um mundo que funciona em rede. Assim, com o controle penal, projeta-se que a "excedência negativa" da imigração clandestina (Alessandro de Giorgi)[26] deve ser gestionada e controlada, de forma prioritária, pelo sistema penal e sua lógica atuarial, deixando de ser tratada como uma questão social/administrativa, em muito relacionada com o "direito de fuga" dos pobres e oprimidos, que se valem do direito cosmopolita kantiano para escaparem da fome, violência, perseguição, enfim, para preservarem a vida. Cuida-se, enfim, de uma perigosa *mutação do Leviatã*,[27] que passa a atender os fundamentos excludentes do mercado, que, desde os ensinamentos de Foucault,[28] esteve no entorno do controle penal.

A crise do Estado de bem-estar keynesiano e o consequente desemprego que atinge a Europa conferem uma maior sensibilidade social à questão da imigração, conferindo espaço para o discurso repressivo neoconservador e de uma verdadeira revisão das pautas inclusivas dos estados. Logo, os direitos humanos fundamentais são negados ou bloqueados pelos códigos econômicos (mercadológicos) e políticos (poder), perdendo sua eficácia jurídica, valendo apenas no simbolismo negativo, na lição de Marcelo Neves.[29-30] Nesse contexto de restrição das pautas inclusivas e

23. Enfrentei, em outra oportunidade, os contornos do fordismo e pós-fordismo, enquanto orientações criminológicas decorrentes da mutação do Leviatã penal. Ver, portanto, LYRA, José Francisco Dias da Costa. As mutações do Leviatã no trânsito do fordismo ao pós-fordismo: edificação da sociedade do controle e a criminologia do atuarismo penal. *RBCCrim* 103/289-323.

24. No trato do tema fordismo e pós-fordismo como correntes criminológicas, ver BERGALLI, Roberto. (org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. Também, importa leitura de BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión* cit.

25. SIMON, Jonatan. *Gobernar a través del delito*. Trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2011. p. 14-25.

26. DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 53-119.

27. PORTILHA CONTRERAS, Guilhermo. *El derecho penal entre cosmopolitismo uinersalista y el relativismo posmodernista*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 15-64.

28. FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. esp. p. 4-116. Ver, também, do mesmo autor, *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 79 e ss.

29. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 83-177.

30. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 226-236.

respeitosas aos códigos de Direito, a imigração (ou excedência negativa, a saber, os não aproveitáveis pelo sistema econômico) é recebida pelo discurso oficial como uma classe perigosa ou de risco, propensa a cometer delitos. Nessa ótica, sobre a alteralidade dos imigrantes irregulares se projetam novas racionalidades punitivas que os "desumanizam", que apenas "intuitivamente" são pessoas (Dal Lago). Efetivamente, os imigrantes irregulares constituem os novos *homo sacer* do mundo pós-moderno global,[31] na medida em que sua "alteralidade suspeita" é ligada à "alteralidade do inimigo" (*criminologia do outro*, na lente de David Garland),[32] sendo, por isso, despida de consideração e reconhecimento pelo Direito.

2. A LEGISLAÇÃO ITALIANA E SEU "PACOTE DE SEGURANÇA" NO COMBATE À IMIGRAÇÃO IRREGULAR: A CRIMINALIZAÇÃO DA IMIGRAÇÃO CLANDESTINA, A EXPULSÃO ADMINISTRATIVA DO IMIGRANTE E A PUNIÇÃO DAQUELE QUE CONCORRER À IMIGRAÇÃO IRREGULAR

As políticas de imigração postas em marcha durante os últimos anos revelam a tendência dos países europeus rumo a estratégias de limitação e controle dos fluxos migratórios, que se concretizam com a execução, cada vez mais intensa, de procedimentos de expulsão de imigrantes irregulares.[33] Importa notar que essa política restritiva dos direitos dos imigrantes implica retrocesso intolerável do estatuto jurídico dificilmente compatível com as garantias do Estado de Direito, notadamente do princípio da igualdade.

A evolução da política criminal na Europa tem castigado o fenômeno migratório, a ponto de catalogar os imigrantes irregulares como sujeitos de risco.[34] A proliferação das migrações (que se constitui num dos fenômenos capitais da moderna

31. PORTILHA CONTRERAS, Guilhermo. La configuración del "homo sacer" como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial. In: PÉREZ ALVAREZ, Fernando (org.). *Certa in memorian Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1401-1423.

32. GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 365-413.

33. Nesse sentido, é o pensamento de RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos y posibles formas de la penalidad*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 109 e ss. Na lição de Rivera Beiras, a EEUU consagrou o "Estado Penal", liquidando com toda forma de assistencialismo, acolhendo os fundamentos da "tolerância zero" ou a "criminologia da intolerância". Assim, para dar uma resposta política ao medo e à insegurança com relação ao "outro", há uma política restritiva da imigração, que se constitui em uma subjetividade cada vez mais controlada e inspecionada pelo controle estatal. Dessarte, na linha do autor, irrompe a "violência política", que germinou na política de combate ao crime de terrorismo. Ver p. 120-121.

34. Veja-se LAURENZO COPELLO, Patricia. El modelo de protección penal de los inmigrantes: de vítimas a excluidos. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura. *Política criminal em*

sociedade do século XXI) concerta crescente preocupação em termos de segurança e ordenação social, no que é premida por uma ansiedade midiática, social e política tendente à "criminalização do imigrante clandestino".[35] Em definitivo, a imigração aparece em um campo enunciativo, em que o discurso manifesta a insegurança sentida, estabelecendo uma relação causal entre ambos os conceitos, fomentando uma falsa ideologia da segurança, que detecta a imigração como fator preponderante de criminalidade.

Sob essa perspectiva, o caso italiano, que se revela paradigmático se consubstancia na lei que dispõe sobre a segurança pública, tipificando como delito (ou contravenção) a conduta de entrar/residir ilegalmente no solo italiano.[36] Com efeito, a direção político-criminal das últimas intervenções legislativas italianas em matéria de imigração, conforme Guisasola Lerma,[37] caracteriza-se por uma exasperação punitiva no trato do imigrante irregular, que é etiquetado como uma ameaça ao bem

vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, crimialidad organizada. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 223-249.

35. Nesse sentido, são as observações de BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. *La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal*. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008. p. 1-37. Também importa leitura do mesmo autor *Itinerários de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporáneas*, p. 1-43. Convém notar que a análise de Brandariz Garcia se centra na realidade espanhola, mas que apreende a realidade europeia e, especialmente, italiana, que se caracteriza por um "punitivismo" extremo no que diz com a penalização da imigração irregular. Nesse aspecto, razão assiste a Brandariz Garcia quando nota que, face ao incremento descontrolado de todo tipo de riscos, a construção de seu sentido, em muito pela representação midiática, tende a focalizar-se na sensação da insegurança cotidiana derivada da pequena delinquência urbana, especialmente os imigrantes e jovens das periferias urbanas, ativando, inclusive, medidas totalitárias e sanitárias para o combate de dita criminalidade (tolerância zero e lei e ordem), edificando, ao final, a arquitetura de uma nova "economia do controle social". Consultar p. 1-5.

36. Consultar SCEVI, Paola di. Considerazioni sul nuevo reato di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nel territorio dello stato. *Rivista Penale*. 9/915-919. Conforme a autora, a Lei de 15 de julho de 2009 (de n. 94), que dispôs sobre a matéria de segurança pública, introduziu a criminalização da imigração clandestina, qualificando como uma contravenção, criminalizando o ingresso e permanência ilegal no solo italiano, alterando a Lei de 25.07.1998 (n. 286, art. 10, 1, CPI, que cuidava da imigração clandestina). E, adianta Scevi, que tal criminalização é inconstitucional, uma vez que viola a visão do ilícito penal de acordo com os princípios constitucionais, especialmente no que diz com a subsidiariedade e última *ratio*, consistindo no uso simbólico da legislação penal. Ver p. 916-917.

37. GUISASOLA LERMA, Cristina. Reformas penales y tendencias político-criminales en materia de inmigración. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* 67/37-54. No pensamento da autora, no "caso italiano", as novas tendências que vêm se impondo nos países da EU, especialmente na Itália, olvidam que a dignidade da pessoa humana é o

da segurança pública.[38] Nesse cenário, revela-se frequente a utilização do *ius puniendi* do Estado na luta[39] contra a imigração irregular.[40] Ora, como diz Martinez Escamilla,[41] há um considerável tempo, a Europa declarou guerra à imigração irre-

primeiro dos limites infranqueáveis do Direito Penal. Nesse passo, entende que a política criminal italiana é muito severa em relação ao tratamento da imigração. Ver p. 38.

38. Sob tal aspecto, razão assiste a MELOSSI, Dario. Il giurista, il sociologo e la "criminalizzazione" dei migranti: che cosa significa "etichettamento" oggi. *Studi Sulla Questione Criminale* 3/9-23, quando, após notar a sobrerrepresentação dos imigrantes nos cárceres da Europa, ensina que a criminalização racista dos imigrantes na Europa segue os ensinamentos do etiquetamento. Com efeito, na linha do pensamento de Melossi, cuida-se de um "racismo institucional ou estrutural", que criminaliza o imigrante pela sua inferioridade social, seguindo a lógica da desviação primária. Consultar p. 16-17.

39. Os contornos do denominado "Direito de luta" são dados por DONINI, Massimo. Derecho penal de lucha: lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar. Trad. Pablo Guerez Tricarico. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (org.). *Política criminal em vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 29-75. Para Donini, o Direito Penal de luta corresponde a uma "mutação genética" do Direito Penal, constituindo-se, demais disso, num ataque frontal que as instituições europeias têm proposto contra o garantismo, introduzindo, para os recônditos do sistema penal, a "propaganda bélica", que contaminou, inclusive, a magistratura, impondo, por fim, uma releitura do garantismo clássico (que é substituído por normas de exceção), bem como uma pena que olha para o autor do delito (alterando a culpabilidade moderna do fato). E, com razão, nota Donini que o Direito de luta (encampado em diversas legislações internacionais, como tráfico de drogas, armas, pessoas, racismo, xenofobia), já adquiriu a natureza de um verdadeiro conceito normativo, podendo influenciar na interpretação de regras e na aplicação do Direito. Pode-se dizer, com o autor, que há uma verdadeira normalização do Direito de luta, que se coloca numa fronteira com o Direito Penal do inimigo. Com isso, legitima-se a luta (ou emprego do Direito Penal do inimigo) aos imigrantes clandestinos. Nas palavras de Donini, "el derecho penal de la inmigración presenta seguramente algunos aspectos de los que emerge el tratamiento de sujetos penalmente responsables en relación con un estatus de 'no ciudadano' y de 'no persona', cuya presunta perigrosidad por violación de medidas de inmigración es el único motivo de la intervención punitiva". Ver p. 54-55.

40. Ver a introdução da obra coletiva. PALIDDA, Salvatore. *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Trad. Luis Rodrigues Moro e José Ángel Brandariz García. Granada: Comares, 2010. p. 13-31. Conforme Palidda, o estrangeiro constitui o inimigo do turno, o que dá azo a um projeto de exasperação da criminalização dos imigrantes na Europa, asseverando que a guerra contra os imigrantes pode ser considerada, na atualidade, como "um fato político total". De outro lado, entende que a criminalização dos imigrantes se inscreve hoje em uma ordem político/liberal/neoconservadora, baseada na assimetria de poder e de riqueza entre atores fortes e débeis, que não têm direitos ou foram reduzidos aos *status* de não pessoa (o excedente humano). Consultar p. 14-15.

41. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Innmigración, derechos humanos y política criminal: hasta dónde estamos dispuestos a llegar? *Revista para el Análisis del Derecho – INDRET* 3/2-45.

gular e, desde então, tem-se utilizado de meios materiais e instrumentos jurídicos de duvidosa constitucionalidade para sair vitoriosa dessa luta desigual, que escamoteia uma política econômica que está por detrás das soluções de política criminal. Na sua visão, a imigração, sob o foco econômico, coincide com uma "ameaça" ou "invasão", que se deve lutar e combater. O momento, ainda segundo Martinez Escamilla, não é propenso para a solidariedade e o respeito aos direitos humanos, daí o porquê de reputar de "fascistas" as leis que foram propostas pelo Governo de Berlusconi, especialmente a aprovada em 14.05.2009 pelo Congresso italiano. Tal lei converteu a entrada e a permanência ilegal na Itália em delito. Por outro lado, ela castiga, com penas de até três anos, quem alugar um imóvel a um imigrante irregular e obriga os funcionários públicos a denunciarem os imigrantes "sem papéis" (com exceção dos médicos e professores).[42]

Efetivamente, cuida-se do *retorno da questão criminal*,[43] que havia sido anunciada na eleição de Berlusconi, que conferiu especial destaque à questão da segurança[44] e

42. Idem, p. 5-8. Conforme Martínez Escamilla, na mesma linha de repressão e hostilidade ao imigrante clandestino, caminha o Governo de Sarkozy, na França, que promoveu uma lei que castiga, com penas de prisão e multa, "toda pessoa que haja, por ajuda direta ou indireta, facilitado ou tentado facilitar a entrada, a circulação ou permanência irregular de um estrangeiro na França". De outra parte, segundo ela, revela-se preocupante a promessa do Governo Francês de expulsar 30.000 imigrantes até o final do ano de 2010. Não é sem razão que Martínez Escamilla, observa, com precisão, que os movimentos migratórios se converteram no "calcanhar de Aquiles" dos Direito Humanos, já que a luta contra os imigrantes clandestinos afeta sobremaneira os direitos fundamentais dos imigrantes. Ver p. 8.

43. O tema do "retorno da questão criminal" é tratado por NEGRI, Antonio. *La forma-Estado*. Trad. Raúl Prieto del Campo. Madrid: Akal, 2003. p. 399-408. Para Negri, que arranca de postulados marxistas, especialmente da obra "O Capital", a coerção sempre vai acompanhada pela coerção econômica, sendo, de resto, subordinada à questão econômica. Há, portanto, uma íntima conexão entre a violência legal e o desenvolvimento do sistema capitalista. O Direito Penal, dessarte, cumpre a finalidade civilizadora do capital. Nas palavras de Negri, "en el Estado de la exploración planificada el derecho debería corresponder punto por punto al modo de producción: tal reformismo de los legisladores y de los expertos del derecho compete la tarea de trabajar en pos de esta finalidad civilizadora del capital. Más bien se debe reestructurar, reconvertir: el derecho penal entra en el juego como cualquier otro engrenaje de una máquina que debe funcionar en cualquier circunstancia y que a tal fin tiene que estar siempre engrasada y eventualmente abierta a la innovación dentro de la coherencia del sistema. Transgresión, desviación: en lo sucesivo no son más que delirio, ruptura del orden 'natural', el desmenuzamiento de un horizonte al mismo tiempo material y preceptivo, elementos confusos, inextricables. Si la desviación el deslirio, la lobotomía bien puede ser un símbolo en el derecho penal". Ver p. 400-401.

44. No entendimento de Negri, o desenvolvimento do capitalismo se apresenta como crise, precariedade e de dissolução da equivalência geral, redescobrindo o antagonismo nas

criminalidade, no que Melossi denomina "di ripartire de uma sconfitta".[45] De efeito, o pensamento criminológico hegemônico, que Melossi denomina de "discurso da indignação moral", de cunho neoconservador, sempre propôs a resposta da penalidade para resolver os diversos problemas sociais. Dito de outro modo, o pensamento da indignação moral vale-se do discurso determinista da penalidade, passando ao largo pelo fato de que o Direito Penal e a repressão penal descendem da questão econômica.[46] Nesse entorno, a criminalização da imigração irregular assume contornos de uma questão sinistra (Melossi), pois é a pura confirmação do discurso do capitalismo europeu, ou seja, corresponde a um regime reacionário de massa. Forja-se um "Direito repressivo" híbrido, formado em parte pelo ordenamento jurídico penal e, em outra, com fundamentos oriundos do Direito Administrativo, consolidando um regime totalitário de guerra ao imigrante, rumo a uma democracia repressiva.[47]

Tal política penal-administrativa coincide perfeitamente com o "miseralismo econômico" (progresso pós-fordista e sua flexibilização/precarização do processo produtivo e laboral).[48] Nesse sentido, há uso da imigração irregular tão só para

---

relações sociais. Nesse contexto, a lei, que não é espontânea, cumpre a função de regular os graus de exploração exigidos (uma sobredeterminação adicional). Daí a importância que ele confere a uma "teoria materialista do Direito Penal", que poderia adotar uma atitude crítica do ponto de vista sociológico, reputando-se, desde a perspectiva crítica, uma análise dos processos de criminalização (que são econômicos e envoltos na subjugação do trabalho ao capital) e, não, sob a criminalidade, pois a desviação nada mais é do que a ruptura com o sistema capitalista. Consultar p. 404-405.

45. MELOSSI, Dario. Ripartire de una sconfitta. *Stuti Sulla Questione Criminale* 1/7-15. Nesse passo, Melossi externa sua preocupação com a incapacidade de a dogmática apresentar uma análise do fenômeno e propor uma alternativa consistente, isto é, de apresentar uma criminologia autocrítica frente ao neoconservadorismo penal. Ver. p. 7-8.

46. Idem, p. 9-10. Nesse particular, aduz, com razão, que se revela inútil discutir a respeito do tipo jurídico, pois a questão é de fundo, uma vez que a questão penal é usada como modelo político de uma nova ordem social. Impõe-se à criminologia crítica, conforme Melossi, apresentar uma alternativa à "questão penal", visto que, no último quarto do século XX, o pensamento neoconservador usou inteligentemente a questão penal, de forma utópica e despótica, apresentando um mundo centrado na responsabilidade individual, forjando um universo moral neoutilitário "quase vergonhoso".

47. Idem, p. 12.

48. Conforme BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006. p. 21 e ss., o cenário informa sobre uma privatização do controle social, uma vez que, em tempos do "Estado guardião liberal" (ou neoliberal/pensamento único), já não são os Estados que monopolizam os aparatos repressivos, mas, sim, os centros privados do mercado (meios de comunicação, cinema, literatura, televisão etc.), que, pelo controle social da ação, internalizam os valores do sistema, especialmente o econômico.

atender à demanda do mercado laboral europeu.[49-50] E é o que se detecta de certas tipologias, isto é, das "novidades" introduzidas pela Lei 125, de 24.07.2008, denominada como "il pachetto Sicurezza" do governo Berlusconi, que foi seguida pela Lei 94/2009.[51] De pronto, nota-se que se constituem em retóricas securitárias, promulgadas para saldar as dívidas para com o eleitorado, insinuando ambiguidades e incertezas, evidenciando uma patente discriminação penal do imigrante extracomunitário.[52] Consolida-se, de forma midiática e populista, a imagem do imigrante/

49. MELOSSI, Dario. Ripartire de una sconfitta cit., p. 13-15. Daí o acerto de Melossi, quando predica que a imigração é a questão fundamental para a construção de uma nova Europa, reclamando uma agenda política positiva para o problema social da imigração clandestina, tema pelo qual passa a verdadeira integração europeia.

50. No pensamento de FERNANDEZ, Encarnación. *¿Estados fallidos o Estados en crisis?* Granada: Comares, 2009. p. 139 e ss., depois do evento de 11 de setembro, existe uma tendência muito difundida nos países ocidentais no sentido de ver os "Estados frágeis" (periféricos) sob uma perspectiva de segurança, isto é, de vê-los como um perigo para a segurança nacional e internacional, dando especial prioridade para a reforma do exército e polícia, com o objetivo de combater o terrorismo, a criminalidade transnacional. Ver p. 139.

51. Consultar, nesse particular, MOSCOVI, Giuseppe. La seguridad de la inseguridad. Retóricas y giros de la legislación italiana. Trad. José Ángel Brandariz García. In: PALIDDA, Salvatore; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (dir.). IGLESIAS SKULI, Agustina; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio (coord.). *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010. p. 321-343.

52. MOSCOVI, Giuseppe. Inmigración, seguridad y cárcel em Italia (en la perspectiva de la guerra global). Trad. Roberto Bergalli. In: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki (org.). *Política criminal de la guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 144-169. Para Moscovi, o fenômeno migratório é um fato normal, que decorre de um processo que denomina de "mutação social", consistindo em um processo irreversível no inquieto inconsciente coletivo. Na sua leitura, a migração corresponde a um "direito de fuga", já que o imigrado é uma pessoa que, antes de mais nada, percebe, de modo dramático, a enorme diferença econômica e de condições de vida entre os países ricos e pobres e, a partir daí, decide mover-se para melhorar sua situação de vida e dos seus familiares. O problema é, segundo o autor, que, do outro lado (do pondo de vista do país receptor, falando da Itália), os imigrantes, se não possuem um trabalho e visto de residência, constituem uma fonte de perigo, devendo, portanto, ser expulsos/detidos/punidos. Em resumo, o fenômeno migratório é focado pela estreita lente da legalidade/ilegalidade, de forma ambígua, pois sua ilegalidade é construída a partir de sua irregularidade administrativa, possibilitando a exploração dos imigrantes, que são destinados ao "trabalho negro". Nas palavras de Moscovi, "la cárcel es la señal de cómo la sociedad no alcanza resolver o gestionar de otra forma la cuestión migratoria, descargando y simplificando, como forma de ritual reaseguro, sus propias inadecuaciones sobre una estructura tradicionalmente orientada, antes de nada, para ofrecer soluciones esencialmente simbólicas". Ver p. 149. Mais adiante, Moscovi resume a política criminal aplicada à imigração clandestina, sinalizando, "por otra parte, el masivo y creciente proceso de encarcelamiento de los inmigrados sirve para mediatizar simbólicamente la oferta institucional de seguridad, como respuesta a los sentimientos de inseguridad que nuestro

perigoso/criminoso, aproximando-a com a do potencial terrorista, não sendo, por acaso, que a guerra global invade aspectos da vida cotidiana, bem como atividades institucionais globais, como as que têm desenvolvido os Estados Unidos, em sua política de "invadir" territórios com o afã de "resgatar os direitos humanos" e "restabelecer a paz". Em suma, a guerra à imigração clandestina culmina na constituição do binômio imigrante-terrorista[53] e, na luta ao terrorismo, edificam-se os centros de internamento, que sinalizam o retorno do "campo".[54] Assim, a guerra contemporânea apresenta-se como "um sistema de pensamento" (Dal Lago),[55] deixando de ser a exceção para converter-se em regra.[56]

Veja-se, nesse particular, que o "pacote da segurança" chegou ao extremo, ao introduzir uma nova agravante genérica prevista no art. 61, *bis*, n. 11, CPI, permitindo o aumento de até 1/3 da pena, caso o crime seja cometido por alguém que se encontre irregularmente no território italiano.[57] Anota-se que o aumento da pena

---

modo de vivir, desorientador, frenético y disregrado influye de manera generalizada sobre todos los individuos (...) Todavía más lo hace en relación a las imágenes de sobre representación del peligro-inmigración que los medios de comunicación difunden, amolificando las intervenciones represivas". p. 150.

53. Para análise crítica da legislação que penaliza o terrorismo (de forma maximalizada) na Espanha, com matizes que se aplicam aqui, ver CANCIO MELIÁ, Manuel. Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista en el Código Penal español. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. vol. 3, p. 223-252.

54. Ver MOSCOVI, Giuseppe. Inmigración, seguridad y cárcel en Italia... cit., p. 150-151.

55. DAL LAGO, Alessandro. La guerra-mundo. In: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki (org.). *Política criminal de la guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 19-54. Conforme Dal Lago, o Estado de guerra, que já perdura há considerável tempo, depois dos ataques de 11.09.2001, parece destinado a continuar por tempo indefinido, tendo, por isso, reaparecido no horizonte da vida cotidiana. E a presença da guerra na vida doméstica não se limita ao espectro do terrorismo, produzindo uma mobilização (Estado de exceção) social normalizada, que, no pensamento de Dal Lago, pode ser sintetizada no "primado da segurança", com a consequente exasperação do controle nas fronteiras e aeroportos, culminando na suspeita generalizada com os estrangeiros, sobretudo os de origem africana, árabe ou islâmica. Consultar p. 28 e ss.

56. Não é por outro motivo que os imigrantes se encontram sobrerrepresentados no cárcere italiano. Com efeito, segundo De Giorgi, de 1990 até meados de 2006, o percentual de imigrantes recolhidos ao sistema penitenciário passou de 15% a 30%, o que é preocupante, pois, segundo o autor, os imigrantes constituem mais ou menos 2% da população residente no país. Consultar DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia*... cit., p.128-129.

57. Conforme Moscovi, o primeiro pacote de segurança do governo de Berlusconi (Lei 125/2008) incrementou o aumento de até 1/3 da pena para os delitos praticados contra a

ocorria independentemente do motivo que determinava a irregularidade da permanência. Com efeito, a responsabilidade penal era agravada pelo mero fato de ser clandestino (verdadeiro tipo de autor), e, não em razão de a clandestinidade ter favorecido a infração penal. Cuidava-se de um agravamento formal, que se baseava na situação administrativa, que nada tinha a ver com a gravidade do fato, daí o porquê de ter sido declarada inconstitucional pelo judiciário italiano. Ora, tal agravante, em boa hora, tisnada de inconstitucional, retrata, como bem sinala Moscovi, que o legislador italiano persegue a imigração clandestina, que não só representa, na amplíssima maioria dos casos, a modalidade normal de acesso ao país, mas também a condição mais vantajosa para a "valoração econômica" da força de trabalho, punindo, inicialmente, a imigração irregular como crime (pena de seis meses a quatro anos) e, posteriormente, premido por pressões midiáticas,[58] com pena pecuniária de até 15.000 euros. No seu pensamento, a forma natural de imigração, que é consubstancial ao próprio fenômeno migratório, é definida como crime por efeito de uma abstrata definição normativa, consolidando um verdadeiro "tipo de autor", próprio dos regimes autoritários, que, atualmente, encontra eco nas formulações do Direito Penal do inimigo.[59]

De fato, como alude Dal Lago, na atualidade, os ordenamentos jurídicos concretos tomam em consideração diversos elementos (notadamente econômicos), na hora de determinar quem é suscetível de ser tratado/reconhecido como pessoa,

---

propriedade (roubo em casa habitada, roubo com violência), caso o crime seja praticado por um imigrante clandestino. Segundo o autor, aqui aparece o uso do Direito Penal em termos de uma severidade maior para aquele gênero de crimes que provocam maior alarme social, e, não, porque sejam particularmente graves, senão porque são realizados por sujeitos pertencentes a um coletivo que provoca perturbações. Por fim, arremata Moscovi, notando que certos autores (no caso os imigrantes clandestinos) são perseguidos enquanto sujeitos, e, não, pelos delitos que tenham cometidos. MOSCOVI, op. cit., p. 323.

58. Consultar MANERI, Marcelo. Los medios de comunicación y la guerra contra las migraciones. Trad. Patricia Faraldo Cabana e Carlos Suárez-Mira Rodríguez. In: PALIDDA, Salvatore; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (dir.). *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010. p. 33-56. Na lição de Maneri, na Itália, o imigrante clandestino apresenta-se como um estereótipo estigmatizado que tem aparição regular nos noticiários televisivos (geralmente na abertura do programa) e nas páginas iniciais dos jornais, como episódios recorrentes de pânico moral. E, segundo Maneri, "la consecuencia de todo ello es la adhesión casi literal de las políticas, de las disposiciones y de las ordenanza a que se aludía supra –respuestas simbólicas e inmediatas a las emergencias igualmente simbólicas de día anterior– a estos protagonistas del discurso público: justamente sobre la base de las características que se les atribuyen se han prometido o aprobado durante años políticas y disposiciones que han contribuido a reproducir el estigma y a plasmarlo sobre sus portadores". Ver p. 36.

59. Ver MOSCOVI, Giuseppe. Inmigración, seguridad y cárcel en Italia cit., p. 323.

uma vez que, nas sociedades "democráticas", se consolida um regime jurídico dual para determinadas categorias, como é o caso dos imigrantes irregulares (não pessoas). Sob esse aspecto (para Dal Lago), na legislação italiana, pela primeira vez, desde o fim do regime fascista, com a lei sobre a imigração, retorna-se ao estágio de "soberania política" e aos "campos de internamento" (ou de extermínio). Reforça o autor que, considerando as normas que permitem a expulsão, como a instituição dos "centros de permanência temporal", introduz-se a desigualdade no trato entre os cidadãos italianos e os cidadãos estrangeiros. Importa notar que tal dualidade chegava ao limite da irracionalidade com a agravante genérica, que representa o ápice da "despersonalização" de determinadas pessoas pela biopolítica estatal italiana. Efetivamente, o imigrante irregular vive na "inexistência jurídica", sendo privado de sua humanidade e transformado em algo distinto (inimigo/não homem/não pessoa), fadado a desaparecer das relações entre seus semelhantes. Em uma palavra, ainda na trilha de Dal Lago, um estrangeiro ilegal não existe socialmente e, se existe, é invisível.[60]

Vislumbra-se, na legislação italiana em comento, uma "obsessão por segurança",[61] que vai se internalizando na sociedade e que se constitui em uma degeneração das garantias e liberdades, edificando-se uma "Criminologia da intolerância" (ou criminologia do outro) e da excepcionalidade/emergência penal,[62] uma vez que o sistema penal passa a organizar-se em torno do medo e do terror. E, nesse ambiente de guerra e excepcionalidade, toleram-se mortes, tortura, violação dos direitos humanos, como exemplifica a repressão italiana ao movimento social de protestos antiglobalização, quando da realização da reunião do G-8 em Gênova, o que, conforme Rivera Beiras,[63] explica o crescimento/endurecimento do sistema penal italiano.

---

60. DAL LAGO, Alessandro. Personas y no personas. Op. cit., p. 140-141. No entendimento de Dal Lago, o Direito se detém frente aos estrangeiros, excluindo-os do seu próprio âmbito, suspendendo o código jurídico, somente incluindo no sistema jurídico para sancionar "legalmente" sua não existência.

61. Como refere MONCLÚS MASÓ, Marta. Hacia una política criminal diferenciada para extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanción penal especial. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (org.). *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 330-367, o fenômeno migratório planta-se em termos de alarme social premeditadamente construído, com a finalidade de legitimar leis restritivas dos direitos fundamentais, caracterizando a imigração irregular como delito.

62. Ver DOBÓN, Juan. RIVERA BEIRAS, Iñaki (org.). *La cultura del riesgo: derecho, filosofía y psicoanálisis*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 28 e seguintes.

63. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos e posibles formas de la penalidad*. Barcelona: Anthropos, 2005. p.145-146.

Seguindo a mesma direção das legislações da Europa, o ordenamento jurídico italiano prevê a possibilidade da expulsão administrativa do estrangeiro,[64] conforme o art. 235 do *Códice Penale*, agravando, sobremaneira, o regime sancionador preconizado à imigração irregular. Cumpre notar, desde já que se observa uma notável ampliação de tal medida de segurança, já que, do ponto de vista objetivo, a pena requerida para se proceder à expulsão foi reduzida para dois anos de reclusão (originariamente, a pena deveria ser inferior a 10 anos). No que diz com o requisito subjetivo, requer-se o cometimento de "delitos contra a personalidade do Estado" ou por motivos de "ordem pública ou segurança pública", em observância à Directiva 2004/38/CE.[65]

Ainda, no intuito de reforçar a legislação, foi introduzido um novo tipo penal direcionado aos transgressores da ordem de expulsão pronunciada pelo juiz, castigando, com a pena de reclusão de um a quatro anos, a permanência ilegal no país (art. 14, § 5.°, CPI). Nesse passo, razão assiste a Guisasola Lerma, quando afirma que a razão da alteração legislativa consiste em reforçar a efetividade da ordem de expulsão, configurando como crime a inobservância da disposição da autoridade, levando em consideração, simplesmente, o perigo que o imigrante representa, um verdadeiro Direito Penal de autor.[66]

A cultura da excepcionalidade mais uma vez se faz presente, já que o legislador italiano buscou dar maior efetividade à expulsão administrativa, atualmente de competência do Juiz de Paz (pois se trata de uma contravenção). Com isso, a questão não mais é submetida ao "juiz natural", subvertendo-se o princípio da jurisdição. É a síntese do total desmantelamento do sistema de garantias próprias do Estado Social e Democrático de Direito.[67] Com efeito, a legislação italiana, seguindo orientação dos Estados-membros, consolida a emergência, "cortando o mal" da imigração irregular pela raiz.

---

64. Na Espanha, conforme CANCIO MELIÁ e MARAVER GÓMEZ, a expulsão de estrangeiros sem residência legal foi incorporada ao CP no ano de 1985, com redação dada pelo art. 89, possibilitando-se que as penas privativas de liberdade inferiores a seis anos, tratando-se de imigrantes sem residência legal, sejam substituídas pela expulsão do território espanhol. Com efeito, a lei penal criou a possibilidade de se decretar a expulsão administrativa, arquivando-se o processo penal. Consultar CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal. In: BACIGALUPO, Silvina. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal y política transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005. p. 384-385. Consultar, de igual sorte, GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz (org.). *Protección y expulsión de extranjeros en derecho penal*. Madrid: La Ley, 2007.

65. Conforme GUISASOLA LERMA, Cristina. Op. cit., p. 52.

66. Idem, ibidem.

67. RIVERA BEIRAS, Iñaki. Op. cit., p. 151.

Trata-se de caso de "atuarismo penal", aqui empregado para legitimar uma nova justificação punitiva, brindando uma nova funcionalidade ao controle penal, a qual Negri define como "incapacitação punitiva", ou seja, que busca "subtraer a los detenidos de la sociedad, alejarlos de la calle; lo unico comprobable es que la restricción espacial, a través del encierro, reduce muchísimo las oportunidades para delinquir".[68] Nesse passo, razão assiste a Negri, quando ensina que o atuarismo penal pode ser entendido como a *governabilidade* de grupos de riscos pelo sistema penal, resultando paradigmático o recurso da prisão e/ou expulsão administrativas aos fluxos migratórios irregulares. Assim, a expulsão administrativa constitui um mecanismo de incapacitação, uma vez que a pessoa expulsa fica impedida de cometer crimes no espaço geográfico do qual é expulsa. Em uma palavra, trata-se de técnica atuarial de gestão dos riscos.[69] Mais uma vez constata-se que o Estado neoliberal e sua máquina biopolítica pós-fordista produzem novas subjetividades: o excluído, o reprimido ou consumidor falho.[70]

Em síntese, pode-se referir que a expulsão corresponde a uma técnica de controle dos imigrantes clandestinos no solo italiano, que visa economizar a resposta punitiva, com objetivo de lograr uma gestão racional e eficaz do sistema econômico,[71] que produz, constantemente, uma população supérflua, excedente e não necessária ao processo produtivo.[72] Por isso, a necessidade da intervenção da instituição penal-administrativa para governar, pelo penal, o excedente humano.[73]

Por fim, alude-se que, na mesma linha da severidade punitiva levada a cabo pela Lei 125/2008 em matéria de imigração irregular, foi introduzido um novo tipo, punindo com reclusão de seis meses a três anos (quando o fato não constituir crime mais grave), todo aquele que, a título oneroso (excluindo cessões gratuitas, uma vez que é necessária a intenção de obter um benefício injusto), der alojamento a

68. NEGRI, Toni. Prefacio. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerância cero: estratégias y prácticas de la sociedade de control*. Barcelona: Virus, 2005. p. 14.

69. Idem, p. 15. No entendimento de Negri, "no se expulsa una persona porque se ha verificado su 'periculosidade social' mediante un examen individualizado, sino que se expulsa a grupos enteros de personas, con independencia de que hayan cometido un delito o no, por pertenecer a una categoría se sujetos considerados 'de riesgo'. Esto es lo que sucede con la categoría de los llamados ilegales, irregulares o clandestinos.

70. Idem, p. 30-31.

71. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Trad. Iñaki Rivera Beiras e Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005. p. 140-141.

72. RUSCHE, Gorge; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estrutura social*. Trad. Emilio García Méndez. Bogotá-Colombia: Temis, 2004. p. 167 e ss.

73. Ver MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 76-79 e 211-233.

um estrangeiro irregular, cedendo-lhe um imóvel. Prevê ainda a legislação, o confisco do imóvel cedido como efeito da condenação, conforme o disposto no art. 12, § 5.°, CPI.

Em realidade, como bem nota De Giorgi, todas as políticas relativas à imigração ilegal parecem inspirar-se em uma filosofia legislativa que considera a população imigrada como um grupo social potencialmente desviado, cujo comportamento há de se prever e reprimir, num contexto marcado pela emergência. Ainda de acordo com o autor, na Itália, o fenômeno migratório alimenta sentimentos de preocupação, pânico moral e insegurança.[74] Com efeito, somente a partir de tais premissas, é que se pode compreender a finalidade de tal dureza penal, que chega ao extremo de confiscar o imóvel alugado ao imigrante irregular: lutar contra a imigração clandestina, que, em ares de pós-fordismo, somente pode ser tolerada no limite das necessidades do mercado laboral. E, para tanto, é irrelevante a valoração dos motivos que determinaram a cedência, mesmo que sejam nobres (auxílio a familiares visando ao reagrupamento, ou mesmo com fins humanitários!). Os imigrantes irregulares constituem uma nova *underclass*, sujeitos sem qualquer possibilidade de inserção social, de acesso à cidadania ou de integração econômica, sendo inclusive proibidos de alugar um imóvel para se alojar.[75]

Torna-se claro que o pós-fordismo e sua economia da pena informam sobre o retorno da questão penal, redefinindo atores e problemas sociais, convertendo-os, com frequência, em uma questão penal, transitando do *Welfare* para o *Workfare*, fazendo-se acompanhar da explosão da insegurança e precariedade social, acompanhada de políticas criminais punitivas, que são dirigidas de forma seletiva. O problema deste tipo de política criminal expressiva é que a construção social do consenso (se é que ele existe) parte da crise econômica e da dimensão social de percepção dos fenômenos, onde impera o domínio do *mass media* e sua politização populista da questão criminal.[76] Em resumo, conforme De Giorgi, há, no nível da opinião pública, uma estreita mediação entre o ciclo econômico e o ciclo punitivo.[77] Isso culmina na adoção de medidas simbólicas de controle que se destinam a suavizar um mal-estar econômico difuso e a sensação de insegurança que o fenômeno da precariedade causa no sistema social, elementos que favorecem a construção de um imaginário social punitivo (no caso do imigrante) que serve para

74. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero*... cit., p. 82-83.

75. Idem, p. 128-129.

76. Ver HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação simbólica*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

77. Idem, p. 134-135.

distrair a população de questões mais profundas e graves, como é a questão do neoliberalismo econômico.[78]

Diante desse contexto de controle e terror, a legislação busca a incapacitação dos imigrantes, preconizando uma gestão (penal!) racional e eficaz do fenômeno. E o inimigo público da vez é o imigrante irregular, ser que não deve ser tolerado, portanto, deve-se estender a punição a todo aquele que lhe dê uma ajuda, alugando/cedendo um imóvel. Nesse "delírio coletivo", afirma De Giorgi: a microcriminalidade do imigrante, verdadeira "ave de rapina", é o novo inimigo público.[79]

Por outro lado, no que concerne aos delitos de favorecimento à imigração clandestina, não se pode esquecer que a legislação italiana, no seu art. 12, CPI, com a modificação dada pela Lei 271/2004, pune atos dirigidos a favorecer a entrada de estrangeiro irregular na Itália (tenha ou não visto de residência), com a pena de reclusão de um a cinco anos e multa de até 15.000 euros (para cada pessoa infiltrada). Já § 5.º do art. 12, apena todo aquele que, violando as disposições legais e com intuito de lucro, favoreça a permanência no território italiano de estrangeiros irregulares. E a pena é agravada (passando a ser de prisão de quatro a quinze anos), caso as condutas sejam praticadas com o desiderato de obter algum benefício, ainda que indireto. Por fim, a pena também é agravada, com multa de até 25.000 euros, caso haja tráfico de pessoas, com emprego de ameaça, violência, vulnerabilidade do imigrante.[80]

Em resumo, pode-se referir que a legislação italiana, no que concerne à penalização da imigração irregular, chegando ao extremo de criminalizar a cedência do imóvel e seu posterior confisco, está informada pela emergência/excepcionalidade penal. Cuida-se de efetiva "revolução policial", na precisa definição de Palidda.[81] Com isso, de acordo com o autor, a extensão do conceito da categoria de inimigo,

78. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. La criminalización de la pobreza y la expansión de la plobación carcelaria. *RBCCrim* 82/257-294. Conforme Pérez Cepeda, trata-se de uma política criminal que enfatiza a repressão de diversas formas, mormente pelo uso da força pública (violência institucional), que se dirige, com contundência, aos coletivos perigosos, numa verdadeira penalização da miséria, consolidando o projeto político da "tolerância zero", reafirmando as desigualdades sociais e fomentando a exclusão social de certos coletivos. Ver p. 280.

79. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero...* cit., p. 154-155.

80. Ver ESQUINAS VALVERDE, Patricia. Análisis comparado de las legislaciones penales. In: ZULGALDÍA ESPINAR, José Miguel; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 65-151.

81. PALIDDA, Salvatore. La revolución policial. In: PUENTE ABA, Luz Maria; ZAPICO BARBEITO, Mônica; RODRÍGUEZ MORO, Luis (org.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contempóraneos dela política criminal*. Granada: Comares, 2008. p. 41-68.

que não se aplica somente à guerra às máfias e ao crime de terrorismo, senão também contra as imigrações clandestinas. Forja-se uma "democracia neoliberal", passando-se a falar de uma progressiva redução do percentual de pessoas que efetivamente continuam sendo titulares de direitos políticos, civis e sociais e, por outro lado, aumenta-se o âmbito dos submergidos (os sem-direitos), especialmente os imigrantes irregulares, que somente estão inseridos no trabalho negro (a nova escravidão pós-moderna!).[82] Nesse passo, a condição de imigrante-inimigo-terrorista, que serve para a reconstrução da coesão social dos países ocidentais, também legitima o banimento/expulsão/exclusão[83] do imigrante clandestino.[84-85] Cuida-se, na fala de Quintero Olivares,[86] de medidas "socioprofiláticas" e repressivas (referindo-se às diversas espécies de expulsão) para tratar "do problema" dos estrangeiros.

Em suma, o que se vislumbra, na legislação italiana, é uma criminologia "do outro", espécie de Direito Penal de autor, no qual a desobediência à legislação da imigração converte-se numa questão penal, pregando a aplicação simbólica da lei penal. É a lógica da guerra e do estranhamento com relação ao imigrante clandestino, reafirmada com a penalização, inclusive, da utilização de permissão de permanência (ou documentos similares) falsificados/alterados, conforme art. 39, CPI. Efetivamente, o cenário descortina a presença de uma política criminal de "tolerância zero" ao imigrante irregular (não pessoa), gerando uma política criminal desafortunada e ineficaz face ao problema social e sistêmico da imigração,[87] quando

82. Idem, p. 53.

83. Conforme MARTÍN SEGURA, David San. La excepción material y los contornos de lo ordinário: a propósito de la usa patriot act. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRIGUEZ MORO, Luis (org.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*. Granada: Comares, 2008. p. 339-370, o "Estado de exceção" foi convertido, diversamente da excepcionalidade schmittiana, em uma técnica de governo, já que a excepcionalidade moderna é permanente. Cuida-se de uma excepcionalidade material que explica a realidade securitária, da qual o USA Patriot Act constitui o melhor exemplo do processo global de desmantelamento do Estado de bem-estar (e de Direito), que é correlato ao "excesso de segurança". Em uma palavra, na trilha de Martín Segura, a biopolítica pós-moderna converte-se num "poder líquido". Ver p. 341-342.

84. Nesse sentido, GUISASOLA LERMA, Cristina. Op. cit., p. 53.

85. Conforme MOSCOVI, Giuseppe. La seguridad de la inseguridad... cit., a intenção original previa a pena de prisão de seis meses a quatro anos. Posteriormente, por sorte de dívida e pudor midiático, introduziu-se somente a penal de multa, passando-se a perseguir determinados sujeitos, com base no seu *status* jurídico. Ver. p. 323.

86. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Adonde va el derecho penal: reflexiones sobre las leys penales y los penalistas españoles*. Madrid: Thomson Civitas, 2004. p. 109.

87. Ver GUISASOLA LERMA, Cristina. Op. cit., p. 54.

não, violadora dos direitos humanos.[88] Com efeito, seguindo o pensamento de Martínez Escamilla, pode-se referir que o poder coercitivo da Itália constitui uma forma equivocada e errônea de gestionar os movimentos imigratórios, já que os reduzidos êxitos na contenção do fenômeno não justificam a intensa dor e sofrimento humano que provocam. Mais do que isso, implica total violação dos princípios do Estado de Direito,[89] já que se consolida um perfil do imigrante (infrassujeito/sujeito de risco), que apenas é incluído enquanto atende às necessidades laborais.[90-91] Em outros termos, conforme Palidda,[92] na Itália, muito mais que em outros países europeus, perpetua-se uma acentuada ausência do Estado de Direito para os imigrantes, revelado na discricionariedade/arbítrio da interpretação das normas, bem como no poder desproporcional conferido à polícia e às autoridades encarregadas do processo migratório.

3. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO ESPANHOLA NO TRATO DA IMIGRAÇÃO ILEGAL: DO COMBATE À IMIGRAÇÃO IRREGULAR À SUA EXPULSÃO ADMINISTRATIVA (DO IMIGRANTE IRREGULAR)

Na Espanha, seguindo a mesma orientação criminológica da Itália, o imigrante irregular é construído como uma categoria de risco. Há uma crescente orientação criminológica e social que liga a imigração clandestina às práticas subversivas ou terroristas, sendo, pois, os imigrantes institucionalizados como sujeitos prioritá-

88. Veja-se, nesse particular, RIVERA BEIRAS, Iñaki, que informa que a Itália, de forma recorrente, é denunciada por não cumprir as recomendações para prevenção da tortura do Conselho da Europa. Consultar *Recorridos y posibilidades de la penalidad*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 147.

89. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Inmigración, derechos humanos y política criminal: hasta dónde estamos dispuestos a llegar? *Revista para el Análises del Derecho –Indret* 3/3-45.

90. Conforme DE LUCAS, Javier. Novas estrategias de estigmatización. El derecho, frente a los inmigrantes. In: PORTILHA CONTRERAS, Guilhermo. *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005. p. 205-219.

91. E, do ponto de vista xenófobo, o estrangeiro é percebido como alguém interessado em "tomar" algo da sociedade, na leitura de MEZZADRA, Sandro. Op. cit., p. 148-149 e ss., notando, ainda, que há um processo ativo de inclusão do imigrante por meio de sua clandestinidade, pois a sua clandestinidade é o que possibilita a máxima flexibilidade do seu labor. Assim, a autonomia dos processos migratórios permite reconstruir o quadro das transformações do capitalismo contemporâneo, desde o ponto de vista do trabalho vivo e de sua subjetividade.

92. PALIDDA, Salvatore. El crime deal italiano. Trad. Jose Antonio Ramos Vasquez. In: _____; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (org.). *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010. p. 303-319.

rios do controle penal. Nesse contexto, os fluxos migratórios foram elevados ao estatuto de um problema de segurança internacional, compartilhando espaço com os delitos de narcotráfico, crime organizado e terrorismo. Com isso, a legislação espanhola estabeleceu uma prática de controle atuarial, seguindo orientações da União Europeia, buscando controlar tal coletivo "perigoso" e de "risco". Conforme Cancio Meliá e Maraver Gómez,[93] um dos aspectos do fenômeno migratório e que mereceu resposta formal do legislador espanhol diz, mais concretamente, com a forma com que os imigrantes aportam em território nacional.[94] Sob o ponto de vista de política criminal, o discurso oficial, cobra dá especial relevância para o

93. CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ. Op. cit., p. 347 e ss.

94. A política comunitária no trato da imigração na União Europeia vem se desenvolvendo com grande intensidade, notadamente a partir do Tratado de Maestrich de 1992, bem como do Convênio de Schegen, que foi incorporado ao acervo comunitário pelo Tratado de Amsterdam, comprometendo os Estados-membros a estabelecerem sanções que penalizem o cruzar de fronteiras não autorizado, estabelecendo sanções adequadas a qualquer pessoa que, com fins lucrativos, ajude ou tente ajudar um estrangeiro a entrar ou permanecer no território. Todavia, o impulso mais importante foi dado pelo Conselho Europeu de Tempere, celebrado durante dos dias 15 e 16.10.1999, com o objetivo de criar um espaço de liberdade, segurança e justiça na União Europeia, o que passava com o implemento de políticas comuns em matéria de asilo e imigração, mas não perdendo de vista a necessidade de levar a cabo um controle das fronteiras para pôr fim à imigração ilegal e para lutar contra aqueles que se organizam ao redor da criminalidade global. E, no que concerne à imigração irregular, o conselho decidiu fazer frente a ela, lutando contra aqueles que se dedicam ao tráfico e exploração de pessoas. Posteriormente, a Diretiva 2002-CE, de 20.11.2002, apresentou normas comuns aos Estados-membros, para a harmonização da legislação referente à imigração ilegal, determinando o combate à imigração clandestina, bem como a punição da conduta de todo aquele que concorrer, de qualquer forma, à imigração irregular, vulnerando a legislação estatal sobre imigração, com a intenção de obter lucro. A referida diretiva foi complementada pela Decisão de Marco (de 28.11.2002), destinada a reforçar o marco penal para a repressão à ajuda, circulação e permanência irregular, dispondo normas mínimas para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, estabelecendo, portanto, que as penas mínimas não poderiam ser inferiores a seis anos e, caso o delito fosse cometido por uma organização criminosa, a pena mínima deveria partir de oito anos. Por último, o Conselho Europeu de Bruxelas, celebrado nos dias 04 e 05.11.2004, aprovou novo programa (denominado "Programa de Haia"), centrando-se na questão de a comunidade europeia garantir os direitos fundamentais, garantir o acesso à justiça e o refúgio aos necessitados, bem como combater o crime organizado transnacional. No trato da evolução da legislação internacional europeia sobre o tráfico de pessoas, consultar PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (org.). *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 31-63. Ver, no mesmo sentido, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Globalización, tráfico internacional, ilícito de persona y derecho penal*. Granada: Comares, 2004. p. 73-149.

fato de que a atividade migratória possa estar relacionada com a exploração a que costumam ser submetidos os imigrantes, que desejam, desesperadamente, entrar e permanecer na Espanha. Também é relevante, num segundo momento, anotar os riscos que correm os imigrantes quando intentam atravessar as fronteiras de forma clandestina e reforçar os limites administrativos de controle do fluxo migratório, no intuito de evitar problemas de ordem socioeconômica que um fluxo desordenado possa causar.[95]

Em outras palavras, a intervenção penal no âmbito da imigração, em ares de política criminal ciosa do crescimento do fluxo migratório, procura estabelecer preceitos que, de forma direta ou indireta, protegendo-os de atos atentatórios aos seus direitos, evitando-se, assim, ofensas dirigidas aos bens personalíssimos do coletivo, além de levar em consideração a preocupação do Estado em controlar e frear os fluxos migratórios com o desiderato de evitar flutuações descontroladas no mercado de trabalho.[96]

No que concerne à evolução legislativa, a primeira legislação que cuidou dos direitos e liberdades dos estrangeiros na Espanha foi a LO 7/1985, uma vez que, até então, não havia nenhuma legislação dispondo a respeito (o que não era de se estranhar, pois o número de estrangeiros na Espanha era reduzido).[97] O único tipo penal consistia no art. 313, CP que castigava a imigração clandestina para fins laborais, punindo a promoção ou favorecimento da imigração clandestina de trabalhadores à Espanha.[98] Todavia, com a intensificação do fenômeno migratório, a referida lei mostrou-se insatisfatória, o que foi determinante para a aprovação da Lei 4, de 11.01.2000, que dispôs sobre os direitos e liberdades dos estrangeiros na Espanha e sua integração social, de caráter integrador, na medida em que apresentava

---

Importa notar que a legislação espanhola, mormente no que diz com o tipo penal do art. 318, CPE, acolheu as orientações normativas dos conselhos, estabelecendo as penas previstas nos conselhos, reprimindo as condutas de todos aqueles que, de qualquer forma (inclusive sem ânimo de lucro!), concorrem para a imigração ilegal praticada por outrem.

95. CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 347.

96. Nesse sentido, consultar LAURENZO COPELLO, Patricia. La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros. *Revista de Derecho Penal y Criminologia*, vol. 12, n. 12, p. 62-93.

97. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La inmigración como delito: un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 19. Nesse passo, informa Escamilla que a LO 7/1985 foi conhecida como a primeira "Lei de estrangeiros" na Espanha, que consistia em uma lei sumamente restritiva.

98. CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. El derecho penal español ante la inmigración... cit., p. 348.

considerável equiparação entre os direitos dos estrangeiros e dos espanhóis.[99] Entretanto, dita legislação foi substancialmente alterada pela Lei 8, de 22.12.2000, que reduziu drasticamente os direitos dos imigrantes irregulares, reintroduzindo a expulsão como sanção para a irregularidade administrativa que havia sido revogada pela Lei 4/2000.[100]

Posteriormente, a Lei 8/2000 sofreu importantes modificações, operadas pelas Leis 11/2003, que acentuou o caráter repressivo e policial e, por fim, a LO 14/2003, que reforçou os meios sancionadores para lutar contra a imigração ilegal e tráfico de pessoas.[101] Na lição de Cancio Meliá e Maraver Gómez, uma das modificações mais importantes que se produziu no tipo básico do art. 318, CP, foi no sentido de castigar todos os que, direta ou indiretamente, promovessem, favorecessem, ou facilitassem o tráfico ilegal ou a imigração clandestina de pessoas, em trânsito ou com destino à Espanha, prevendo uma pena de prisão de quatro a oito anos. Com efeito, a conduta típica não se refere, portanto, tão só ao tráfico de pessoas, mas, sobretudo (de forma equiparada) à imigração irregular.[102]

99. Nesse sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La inmigración como delito*... cit., p. 19-20. Conforme CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 350, o intento da nova legislação parecia colmatar a lacuna que existia com respeito a imigrantes irregulares não trabalhadores. Dessarte, no marco da tipificação, foi introduzido um novo delito que se castiga com o caráter geral de tráfico ilegal de pessoas (regulado no art. 318, CP, dentro de um novo título: dos delitos contra os direitos dos cidadãos estrangeiros).

100. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La inmigración como delito*... cit., p. 20.

101. Idem, p. 20-21.

102. CANCIO MELIÁ; MARAVER GÓMEZ. Op. cit., p. 351. Conforme ESCAMILLA, a redação atual do art. 318, CP, é a seguinte: "1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cinco a diez años de prisión. 2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión. 3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, será castigados con las penas en su mitad superior. 4. en las mismas penas de apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. 5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de caráter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Cuando se trate de jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les

Em uma leitura pausada do referido dispositivo legal, salta aos olhos, em primeiro lugar, a severidade das penas (quatro a oito anos de prisão), e depois a equiparação entre o tráfico ilegal e a imigração clandestina.[103] Ora, como bem destaca García Arán,[104] considerando-se a legislação espanhola frente à exploração relacionada à imigração, tem-se que predomina a consideração do imigrante como um possível infrator. E isso se releva, segundo García Arán, quando a legislação dispõe que o simples cruzar a fronteira é definido como "tráfico", ampliando consideravel-

---

aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado." Consultar, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, op. cit., p. 39. Conforme a referida autora, o aumento da penalidade foi provocado pela LO 11/2003. Segundo a exposição de motivos, o objetivo da legislação era satisfazer os intentos de harmonização na União Europeia, notadamente, a partir da Decisão de Marco, destinada a reforçar o controle penal para a repressão das condutas de ajuda à entrada, à circulação e permanência de imigrantes irregulares. Com efeito, a partir de tais recomendações, já não mais só se castiga a promoção, favorecimento ou facilitação do tráfico ilegal de pessoas, sendo também puníveis, com severidade, a imigração clandestina, com a sanção daqueles que realizam, direta ou indiretamente, tais condutas. Idem, p. 40.

103. Conforme CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 352-353, a distinção entre as condutas baseia-se no fato de que a imigração clandestina consiste em entrar ou permanecer no país contrariando as normas estabelecidas pela administração. Já o tráfico ilegal de pessoas consistiria no movimento de pessoas ou mercadorias, vindo a ser a comercialização ilegal de pessoas. Com bem dizem os autores, se, for tráfico ilegal de pessoas, se entende a comercialização ilegal de pessoas, não é possível identificá-lo como imigração ilegal, uma vez que a comercialização não exige, necessariamente, que a entrada ou residência do estrangeiro seja ilegal. Constituem, portanto, realidades distintas. Também, difere da denominada "trata de pessoas", que pede que o crime contra os estrangeiros seja prática com violência, ameaça, coação, abuso da situação de vulnerabilidade da vítima (coisificação do imigrante). Idem, p. 352-356. Para se ter bem presente a distinção entre o tráfico de pessoas e a trata, consultar MAQUEDA DE ABREU, María Luisa. La nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas. In: LAURENZO COPELLO, Patricia (org.). *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*. Valência: Tirant lo Blanch, 2002. p. 255-271. Aqui, cumpre destacar a lição de Maqueda de Abreu, no sentido de que a imigração sente os "excessos do neocapitalismo mundial", que agudizou as desigualdades existentes entre os países do sul e norte, produzindo uma marginalização e empobrecimento progressivo, colocando os imigrantes em uma vulnerabilidade econômica e sujeitos, portanto, a todo tipo de exploração, notadamente a sexual. Idem, p. 260-261. Também, importa a leitura, na mesma obra, de SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. In: LAURENZO COPELLO, Patricia (org.). *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*. Valência: Tirant lo Blanch, 2002. p. 309-343. Por fim, GARCÍA ARÁN, Mercedes (org.). *Trata de personas y exploración sexual*. Granada: Comares, 2006, notadamente p. 1-31.

104. Introdução. In: GARCÍA ARÁN, Mercedes (org.). *Trata de personas y exploración sexual*. Granada: Comares, 2006. p. 01-31.

mente o âmbito de abrangência da lei, uma vez que o código espanhol não exige o abuso, transação comercial, interesse de exploração, domínio sobre a pessoa do imigrante ou qualquer outro requisito. Com isso, a legislação aparta-se de um conceito histórico, sociológico ou haurido dos textos internacionais que exigem a presença de alguma forma de exploração do imigrante.[105]

No mesmo sentido, destaca Léon Villalba que, desde uma interpretação estritamente semântica, se tem que a definição do verbo traficar alude ao comércio (num sentido positivo) e, num sentido negativo, à existência de um comércio ilícito. Logo, é inegável que se considere a imigração ilegal como uma modalidade de tráfico de pessoas, que tal equiparação cause importantes implicações na adoção e criação de instrumentos legais para seu controle.[106] Ou seja, no plano teórico, há elementos para diferenciar-se o "tráfico ilegal de pessoas" da "imigração ilegal". Entretanto, na prática, o legislador espanhol optou por equiparar os conceitos,[107] intensificando as medidas repressivas de seu controle.

O tipo objetivo (art. 318, CPE) abarca, de forma amplíssima, todo aquele que promova, favoreça ou facilite, direta ou indiretamente, a imigração ilegal ou o tráfico (tipo único de autor), sendo de notar que, na interpretação da jurisprudência espanhola, são abrangidos todos os casos em que, de alguma forma, se favoreceu a entrada ilegal de um estrangeiro, bem como sua permanência irregular.[108] No caso,

105. Idem, p. 11-23. Ver LÉON VILLALBA, Francisco Javier de. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 25 e ss.

106. LÉON VILLALBA, Francisco Javier de. Op. cit., p. 26-29.

107. Nesse sentido, é a conclusão de CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 357. Não é por outra razão, no entendimento dos referidos autores, que não se exige o ânimo de lucro no aspecto subjetivo do tipo.

108. Idem, p. 360-362. E, para se ter o alcance da interpretação jurisprudencial, Cancio Meliá e Maraver Gómez citam alguns exemplos: condenação de um taxista que atendia em uma zona em que se costumava encontrar imigrantes que acabavam de entrar, ilegalmente, na Espanha; também de sujeito que, mediante remuneração, acolheu, em sua casa, grupo de imigrantes ilegais que haviam adentrado ilegalmente no território espanhol; por fim, trazem o exemplo de condenação da conduta de entregar a um amigo algum dinheiro, alguma informação ou meio de transporte para entrar ilegalmente na Espanha ou, ainda, de acolher um imigrante recém-chegado ao território espanhol. A dramaticidade da política punitiva no trato da imigração é dada nos seguintes casos decididos pela justiça espanhola, na referência dos autores: condenação de um sujeito que se dispõe a cruzar a fronteira levando consigo, oculto no seu veículo, familiar que não detinha autorização para entrar no território (condenação a uma pena de dois anos de prisão); de um homem e uma mulher que tentaram atravessar a fronteira ocultando uma jovem que encontraram no caminho e que não possuía os documentos necessários para passar para a Espanha; do funcionário da polícia quando tentava cruzar a fronteira com seu veículo, acompanhado de uma marro-

o ideal é que a legislação deixasse o tipo incriminador de tráfico para toda "ajuda interessada" na imigração clandestina, reservando uma realidade diferente à imigração irregular. Todavia, como sinala Martínez Escamilla,[109] quando o art. 318 fala de promover, favorecer ou facilitar o tráfico ilegal não se está falando de outra coisa senão da promoção, favorecimento ou facilitação da imigração ilegal.[110]

Importa destacar, passando por alto pela análise do tipo objetivo do art. 318 do CPE, que quando se coteja a discussão acerca do bem jurídico protegido, é que se notam as verdadeiras contradições da lei. Pode-se referir que brota uma controvertida discussão em sede doutrinal, havendo posturas de difícil conciliação. Há quem pense que se está defendendo os direitos dos estrangeiros (sujeitos-objetos "coisificados" do tráfico ou imigração irregular) e quem opine no sentido de que, efetivamente, o legislador pretende é prevenir-reprimir o cruzar de fronteiras por causas distintas das informadas (interesse coletivo de controlar os fluxos migratórios). Por fim, existe posicionamento eclético, entendendo-se que se mesclam interesses dos imigrantes e o controle do fluxo migratório.[111-112] Nesse estado da arte, s.m.j., penso

quina, irmã de sua mulher, que não cumpria os requisitos necessários para migrar (prisão de três anos). Idem, p. 262.

109. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La inmigración como delito*... cit., p. 49.

110. Razão assiste a POMARES CINTAS, quando refere que o interesse da proteção legal (ou bem jurídico) se centra na custódia da entrada e permanência regular de estrangeiros no território nacional, recepcionando os interesses de segurança e ordem pública levados a cabo pelo processo de harmonização comunitária em matéria penal. Por isso, o caráter formal do delito, centrado em interesses estatais e sem projeção individual, não justifica a intervenção penal. Ver POMARES CINTAS, Esther. Las incongruencias del derecho penal de la inmigración. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (org.). *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 312-313.

111. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La inmigración como delito*... cit., p. 52-53.

112. GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz. *Protección y expulsión de extranjeros en derecho penal*. Madrid: La Ley, 2007. p. 195 e ss. No entendimento do autor, a questão do bem jurídico protegido pelo art. 318, CPE, é uma questão muito discutida na doutrina, existindo três posições básicas: a) uma que advoga a tese da defesa dos direitos dos cidadãos estrangeiros. Esse posicionamento parte da negativa que o interesse do legislador seja controlar os fluxos migratórios, mirando, pois, nos interesses de o imigrante legal alcançar sua plena integração social. Também, entende-se que o que se protege, enquanto direitos dos estrangeiros, é a sua liberdade, sua seguridade e dignidade de sua pessoa, bem como o coletivo dos imigrantes enquanto grupo social; b) posição que entende que se protege a ordenação e controle do Estado dos fluxos migratórios, isto é, que a legislação penal proteja a política migratória, a fim de evitar uma crise na capacidade financeira e assistencial do Estado; e c) uma postura eclética que considera que se protege tanto o interesse estatal de controlar os fluxos migratórios como os direitos dos cidadãos estrangeiros. Após enumerar os posicionamentos, o autor, tomando posição, adianta seu ponto de vista, com acerto,

que o acerto está com Cancio Meliá e Maraver Gómez, quando observam que o problema não repousa na interpretação do bem jurídico protegido, senão no paradoxo existente entre o que se protege concretamente e o "parece tutelar".[113]

Enfim, tem-se que a regulação atual dos delitos relacionados à atividade migratória espanhola merece uma avaliação "negativa",[114] sobretudo pela sua amplitude e por estar baseada, simplesmente, no fato de favorecer a imigração ilegal, o que permite considerar típica uma grande variedade de condutas, incluídas algumas díspares, como as de ingressar no país com a família ou familiar que não tem visto de entrada, ou de acolher, no seio de sua família, um imigrante irregular. Por fim, o tratamento indiferenciado de aspectos relevantes como ânimo de lucro, emprego de violência, intimidação, engano etc., que figuram como agravan-

---

no sentido de que o que o legislador busca, efetivamente, proteger é o controle e ordenação dos fluxos migratórios (no tipo básico), asseverando que são dignas de elogio as posturas doutrinais que deduzem outros bens jurídicos, dotando o preceito de um conteúdo material, notando, entretanto, que não são defensáveis. Ver p. 195-209. Consultar, no trato da questão do bem jurídico, ainda, SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. In: LAURENZO COPELLO, Patricia (org.). *Inmigración y derecho penal*: bases para un debate. Valência: Tirant lo Blanch, 2002. p. 309-343. No pensamento de Serrano-Piedecasas, o objetivo do legislador não é controlar os fluxos migratórios, mas, sim, a integração legal do estrangeiro. No seu entendimento, o tráfico ilegal de imigrantes impede que suas vítimas possam exercer, na sua plenitude, as liberdades públicas, concedidas, em igualdade, a nacionais e estrangeiros. Portanto, o bem jurídico não é outro que o direito que tem todo imigrante legal a alcançar a plena integração social. Idem, p. 331-332. Aqui a crítica que se impõe é no sentido de que somente se confere direitos ao imigrante legal, excluindo-se da proteção legal o imigrante irregular.

113. CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 348-368. Na informação dos autores, o entendimento majoritário situa-se no pensamento de que o art. 318, CPE, pretende proteger os cidadãos estrangeiros, rechaçando o argumento no sentido de que o delito favoreça a imigração irregular, sob pena de elevar a categoria de delito à mera infração administrativa.

114. A avaliação a que se adere é a de CANCIO MELIÁ e MARAVER GÓMEZ. Op. cit., p. 378. De outro lado, a infração administrativa prevista no art. 54.1 da LO 4/2000, com as alterações produzidas pelas LO 8/2000 e 14/2003, dispõe: "Son infraciones muy graves: b) inducir, promover, favorecer o facilitar, individualmente o formando parte de una organización, con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constitua delito". Dessarte, como a infração administrativa reclama o ânimo de lucro, quando alguém, por razões humanitárias ou afetivas, ajude um estrangeiro a transpassar ilegalmente a fronteira, incorrerá nas sanções do art. 318, *caput*, CPE, não respondendo pela infração administrativa, o que corresponde a uma quebra dos princípios básicos do Direito Penal, como o da lesividade e *ultima ratio*. Nesse sentido, a doutrina de GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz. *Protección y expulsión de extranjeros em derecho penal*. Madrid: La Ley, 2007. p. 210-213.

tes da pena, independentemente da forma com que se favoreça a imigração (por exemplo, sem a intenção de lucro, com a concordância do imigrante). E o resumo da tipificação legal, como não poderia ser diferente, é confusão de figuras de natureza distintas como são o tráfico de pessoas e a imigração ilegal,[115-116] "parecendo" que, na ambiguidade, se dá ênfase à imigração ilegal em detrimento do tráfico de pessoas.

Nesse particular, a melhor interpretação do tipo penal, e a mais sincera, do ponto de vista da política criminal, é aquela que parte da concepção segundo a qual o bem jurídico do art. 318, *caput*, CPE, se destina ao controle dos fluxos migratórios, uma vez que é, somente assim, que se torna possível compreender o alcance do referido diploma legal, pois não remanesce dúvida de que o intento do legislador espanhol é o de punir qualquer conduta que auxilie a imigração irregular, ou para ela concorra, independentemente da situação em que se encontre ou da relação que mantenha com quem lhe presta auxílio.[117] De outro lado, no que concerne às condutas daquele que presta auxílio e à do imigrante irregular, como ensinam Cancio Meliá e Maraver Gómez, se não houver violência ou abuso do imigrante, a valoração não deveria ser a mesma. Se for estabelecida alguma diferença é porque se deseja manter a imagem do imigrante como vítima,[118] quando o que se pretende, de

115. Nesse aspecto, ver CANCIO MELIÁ; MARAVER GÓMEZ. Op. cit., p. 378, para quem, nos últimos anos, a União Europeia tem mostrado especial interesse em controlar a chegada de imigrantes e tem instado os Estados-membros a punirem penalmente aquelas condutas que favoreçam a imigração irregular.

116. Por isso, insiste na diferença entre as realidades que, mesmo sendo intimamente ligadas, apresentam caracteres diversos, merecendo, por essa razão, uma definição/regulamentação diversa, LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Op. cit., p. 52-53.

117. CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 380. O "punitivismo" da legislação é detectado pelos autores, quando aduzem que não resta claro como se pode chegar a uma pena mínima de dois anos de prisão a quem, movido unicamente por motivos familiares, pessoais ou humanitários, ajuda um estrangeiro a entrar ou permanecer na Espanha, quando não cumpre os requisitos administrativos. Também, segundo os autores, com razão, não se pode compreender o fato de que, se o interesse é proteger a ordem socioeconômica do país, por que que não se tipifica diretamente a conduta do próprio imigrante que entra de maneira ilegal, como fazem a França ou Alemanha, pois é difícil apresentar diferença valorativa da conduta do imigrante ou de quem lhe presta ajuda. Idem, ibidem.

118. Ver POMARES CINTAS, Esther. Las incongruencias del derecho penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 331. 1, CP). In: ZULDAGIA ESPINAR, José Miguel (org.). *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 297-317. No entendimento de Pomares Cintas, a legislação espanhola, no trato da imigração ilegal, revela-se repressiva. E o pior, nesse cenário, a imagem do imigrante se constrói num

forma latente, é evitar a própria entrada ou permanência do imigrante, ou seja, a sua exclusão. Do contrário, caso houvesse real interesse em punir as máfias que vitimizam os imigrantes,[119] por que motivo não se definiu o tipo, centrando-se no aspecto do tráfico de pessoas?

De outro lado, a intenção velada do legislador espanhol de controlar de forma rígida os fluxos migratórios é desnudada com a possibilidade de se expulsar, administrativamente, o imigrante irregular. Com efeito, desde o advento da legislação de estrangeiros, de 1985, é possível a expulsão do imigrante do território espanhol, como uma medida que se aplica posteriormente ao cometimento de um delito. Tal medida foi incluída no Código Penal espanhol em 1985, tendo sofrido uma profunda reforma pela LO 11/2003, que funciona como um substitutivo da pena. Na lição de Cancio Meliá e Maraver Gómez, a expulsão dos estrangeiros foi incorporada ao CP no ano de 1995, com a redação dada ao art. 89, limitando-se aos estrangeiros sem residência legal.[120] Por fim, com o advento da LO 11/2003, novamente o preceito sofreu uma profunda reforma, permitindo-se que as penas privativas de liberdade inferiores a seis anos, em se tratando de imigrante irregular, fossem substituídas pela expulsão do território espanhol, a não ser que o juiz ou tribunal, excep-

jogo de símbolos, sendo colada como fonte de conflitos, uma vez que se procura mostrar a imigração como um fator potencialmente perturbador à coesão social (associada, portanto, a deterioração social, insegurança e criminalidade). No seu resumo, os instrumentos que o Estado utiliza para lutar contra a imigração ilegal revertem contra o estrangeiro clandestino, que fica em situação de especial vulnerabilidade e passível de ser explorado, seja no trabalho, sexualmente etc. Dito de outro modo, o Estado os expulsa dos marcos do sistema produtivo, incorporando-os à linha da repressão penal.

119. No trato da questão da vitimização dos imigrantes, ver LAURENZO COPELLO, Patricia. El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (org.). *Política criminal em vanguardia*: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 223-249. Segundo Laurenzo Copello, a imagem do imigrante irregular como vítima (seres desvalidos, ignorantes, miseráveis, manipulados pelas obscuras redes do tráfico) corresponde a uma "visão colonialista da imigração", pois é, através da prévia construção de uma imagem vitimizada dos imigrantes, que os despoja da capacidade de decisão própria, reduzindo-os à condição genérica de seres vulneráveis e infantilóides, que se permite ocultar a incongruência de uma política criminal que, com a desculpa de tutelar os direitos dos cidadãos estrangeiros, se dirige a aumentar os obstáculos para que alcancem o desiderato mais desejado, qual seja, entrada no território comunitário. Assim, resume Laurenzo Coppelo que o inseparável binômio imigrante-vítima corresponde a uma visão colonial, fruto do convencimento da superioridade cultural do Ocidente e da sua consequente legitimação para julgar a conduta de outros a partir de seus próprios valores, com o desprezo a outras identidades culturais. Idem, p. 224-228.

120. CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 384.

cionalmente e de forma motivada, entendessem que, pela natureza do delito, o imigrante deveria cumprir a pena na Espanha.[121-122]

121. Conforme Cancio Meliá e Maráver Gómes (op. cit., p. 384-385), a redação atual do art. 89, CPE, é a seguinte: "89, 1, Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán substituida en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitencia en España. Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia a expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legal en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal. La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. En el supuesto de que, acordada la substitución de la pena privativa de libertad por expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente. 2 El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena. 3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de la expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. 4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515, 6, 517 y 518 del Código Penal".

122. No trato da evolução da legislação espanhola no que concerne à expulsão substitutiva da pena, ver ASÚA BATARRITA, Adela. La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración. In: LAURENZO COPELLO, Patricia (org.). *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*. Valência: Tirant lo Blanch, 2002. p. 16-96. No pensamento de Asúa Batarrita, instalou-se um regime excepcional para determinados estrangeiros (ilegais) em relação a sua implicação em um delito, produzindo efeitos indesejáveis que favorecem uma percepção pública distorcida da imigração, associando, de forma estereotipada, à imigração e à delinquência. E, segundo Asúa Batarrita, o próprio Acordo de Schegen, firmado em 14.06.1985, incide nessa inaceitável confusão, quando, ao referir-se às medidas de cooperação entre os Estados, acolhe, num mesmo postulado de luta contra a criminalidade e combate a imigração irregular, dando destaque especial à luta contra o tráfico de entorpecentes e armas, contra a entrada ou permanência irregular de pessoas e contra a fraude fiscal e aduaneira, notando que tal política contraditória favorece a identificação do imigrante irregular a um criminoso. Consultar p. 26-27.

A lei penal, dessa forma, criou a possibilidade de se decretar a expulsão administrativa, arquivando-se o procedimento penal, quando se tratar de imigrante irregular. A imposição da sanção de expulsão compete, portanto, à autoridade administrativa, sendo solvida no expediente sancionador, desde que o juiz penal, que é a quem cabe valorar a oportunidade e conveniência da referida substituição, autorize a imposição da medida. Assim, não é despida de fundamento a crítica no sentido de que a postergação da competência jurisdicional, com preferência à potestade sancionadora do executivo, implica inversão dos princípios constitucionais, notadamente do princípio da legalidade e juízo natural.[123]

Detendo-se no preceito legal, tem-se que o decreto de expulsão administrativa prevalece em relação ao processo penal, aplicando-se a qualquer delito cuja pena não seja superior a seis anos (não importando a gravidade dos crimes), exceto quando se tratar de crimes de tráfico ilegal de pessoas e de associação para o tráfico (art. 318, CPE). É, como diz Asúa Batarrita, a política da imigração estendendo sua longa mão sobre o sistema penal para expulsar do território nacional estrangeiros "sem papéis", que poderiam escapar do controle do executivo ao serem submetidos à autoridade jurisdicional.[124]

No que diz com sua natureza jurídica, um setor da doutrina espanhola considera que a expulsão não é mais do que uma decisão de política vinculada à política de controle da imigração ou dos fluxos migratórios, não havendo consenso quanto à natureza jurídica da instituição, uma vez que há quem afirme que se trata de uma figura autônoma, pois não consiste numa pena, não é uma medida de segurança nem um substituto penal.[125] Nessa linha de pensamento, vai a doutrina de Cancio Meliá e Maraver Gómez,[126] para quem a instituição da expulsão não é uma pena, porque não consta do rol do art. 33, CPE, não podendo ser caracterizada como um "mal" que se inflige ao sentenciado, já que se trata de um substitutivo carente dos efeitos de prevenção geral e especial. Não se trata de uma medida de segurança, pois não se analisam as condições pessoais do agente (personalidade, reincidência), mas tão somente a natureza do delito praticado. Tampouco é uma medida de polí-

123. Idem, p. 32-33.

124. Idem, p. 33-34. Razão assiste à autora, quando refere que aqui sobressai que o desiderato da legislação é garantir o controle dos imigrantes ilegais, destinatários das sanções de expulsão. Dessa forma, o ordenamento jurídico garantista deve bater em retirada para não obstaculizar as expulsões executivas, o que corresponde a uma invasão dos critérios de controle da imigração de duvidosa constitucionalidade por infração ao direito fundamental de tutela jurisdicional, inerente a toda pessoa independentemente de sua nacionalidade.

125. Nesse sentido, é o entendimento de GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz. Op. cit., p. 619 e ss.

126. CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 413-414.

tica migratória, pelo fato de que inexiste um planejamento e uma planificação acerca de sua aplicação, atendo-se, assim, a casos aleatórios. Cuida-se, efetivamente, de uma causa de supressão da penalidade, cuja finalidade é excluir do sistema jurídico um coletivo de pessoas.[127]

Deixando de lado a discussão acerca da natureza jurídica da expulsão, a remissão ao art. 89 do CPE informa que a medida pode se apresentar como substitutiva da pena imposta ao imigrante irregular,[128] e opera de forma automática, desde que a pena abstrata não seja superior a seis anos. Para estrangeiros condenados à pena de prisão superior a seis anos, faculta-se a substituição do último quarto da pena pela expulsão.[129] O que se revela paradoxal nas duas hipóteses de substituição é que, num primeiro momento, a exceção é incorporada pelo próprio Código Penal, contradizendo as finalidades preventivas da pena.[130] Não escapa da observação crítica de Asúa Batarrita a desigualdade dos efeitos da expulsão, o que dificulta sua aplicação racional no marco das consequências do delito, visto que é inegável que a expulsão não significa o mesmo para quem emigra por desespero, na busca de trabalho, do que para quem ostenta ótima condição financeira em outro país e aporta na Espanha para ampliar negócios clandestinos.[131]

Dessarte, em determinadas hipóteses, especialmente quando a imigração se caracterizar como um verdadeiro direito subjetivo de fuga, a alternativa penal pode caracterizar-se como de extrema aflitividade, mormente pelo fato de que não se leva em consideração as condições pessoais do imigrante (seus vínculos familiares, laborais e afetivos), até porque não há necessidade de sua prévia oitiva. Nesse

127. Cumpre que se destaque o total acerto das notas conclusivas de CANCIO MELIÁ e MARAVER GÓMEZ, quando ainda aduzem que um diagnóstico tão radical merece uma resposta de consequências radicais: trata-se de um setor de regulação estruturalmente ilegítimo e que, por isso, deve ser eliminado do Código Penal, mantendo-se como substitutivo da pena para casos em muito determinados, limitados a penas de pequena importância (no máximo de dois anos de prisão). Ver p. 415.

128. Já, para o imigrante regular, a legislação prevê a expulsão administrativa (LO 8/2000, art. 54.2) para o imigrante condenado, anteriormente, pela prática de um delito, isso após o cumprimento integral de sua pena ou parte dela.

129. Ver ASÚA BATARRITA, Adela. Op. cit., p. 44 e ss., quando assevera que tal substituição gera contradições no momento em que for confrontada com o instituto da liberdade condicional. Como refere a autora, a irregular situação administrativa do imigrante parece constituir-se na chave fundamental de todas as exceções às regras gerais sobre o cumprimento da pena, reafirmando, portanto, que o objetivo é colaborar com a política executiva de controle migratório.

130. Nesse sentido, idem, p. 47-48.

131. Idem, p. 48-49.

passo, não pode ser olvidado que a expulsão (que exime o imigrante irregular do cumprimento da pena) impõe a condição de que não regresse durante certo tempo, que pode chegar a 10 anos (proibição de regresso), caindo por terra o argumento de que a medida de expulsão possa ser vislumbrada como benéfica para o imigrante ilegal.[132]

Sob essa ótica, o dispositivo legal do art. 89, CPE, não resiste a uma filtragem constitucional, revelando-se ilegítimo e inconstitucional, merecendo, por isso, uma aplicação restrita, que respeite os princípios elementares do direito punitivo, bem como de possibilidades de defesa (prévia oitiva do imigrante irregular), a fim de que possa expor suas razões contra a medida dramática, com decisão final fundamentada, uma vez que, só assim, poderá ser compatível com os princípios constitucionais.[133] E, nesse passo, não convencem os argumentos que Cancio Meliá e Maráver Gómez[134] denominam de "ocultos" de legitimação da medida: primeiro, no sentido de que a expulsão tem o desiderato de evitar que estrangeiros irregulares cometam crimes com o único fim de assegurar sua permanência no território espanhol (fraude à lei), a fim de evitar a execução da ordem administrativa de expulsão.[135] Segundo, cerca do custo financeiro para manter o contingente de imigrantes presos, necessitando assim na necessidade de descongestionar os estabelecimentos penitenciários, reduzindo-se o número de imigrantes presos.[136] Mais uma vez, im-

132. Idem, p. 50. Aqui, segundo a autora, a desigualdade opera, também de outra forma, qual seja, a de que a aplicação da ordem de expulsão depende da autorização do país de origem ou de outro país que concorde com o pleito. Todavia, quando o imigrante irregular provém, por exemplo, de países africanos em situação de conflito bélico ou de instabilidade política, é praticamente impossível proceder à expulsão, como ocorre em outros casos em que o custo da medida é alto ou de dificuldades de transporte e de se conhecer o país de origem do imigrante.

133. Idem, p. 52-53. Convém notar, nesse particular, que a solução preconizada por Cancio Meliá e Maráver Gómez, melhor apreende a questão: trata-se de um instituto ilegítimo (ofende o princípio da proporcionalidade, o princípio da igualdade é ambivalente e, por vezes, estimula a impunidade, pois se renuncia ao *ius puniendi* com relação a crimes graves, possuindo, por isso, um efeito de atração), devendo, então, ser eliminado (proposta adequada). Ver CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 414.

134. Idem, p. 385-395. Segundo os autores, o termo é qualificado como "oculto", pela sua deficiente formulação e fundamentação.

135. Idem, p. 386, pois fere o bom senso o fato de que algum infrator pensaria em ingressar na prisão por um período prolongado, para, ao final, ser expulso.

136. Consultar ASÚA BATARRITA, Adela. Op. cit., p. 56-57. Segundo a autora, tal visão é muito estreita, pois não enxerga as dimensões do problema da imigração, questão de difícil solução, que não pode conduzir à supressão dos princípios constitucionais que informam os estados democráticos. No pensamento de Asúa Batarrita, os países centrais, beneficiários da riqueza que a economia globalizada possibilita, devem conviver com o reverso, que

porta notar, na linha de Cancio Meliá e Maraver Gómez, a ausência de dados empíricos de que a expulsão massiva de imigrantes reduz a cifra de internos, bem como sobre uma análise das condições socioeconômicas dos imigrantes, que é o que leva, muitas vezes, à sua prisão preventiva. Ou seja, a marginalização e a clandestinidade é que favorecem, sumamente, a criminalidade dos imigrantes.[137]

O último argumento, talvez de maior peso a justificar a expulsão dos imigrantes, repousa no fato de que estes, por não disporem de trabalho e viverem em uma situação precária, teriam maiores dificuldades de adaptação no território espanhol. A isso, acrescenta-se a perspectiva do "sujeito perigoso e propenso a crimes", torna impraticável o ideal de reabilitação/reinserção social previsto como objetivo primordial da pena privativa de liberdade.[138] Com efeito, o argumento é discutível, visto que a ressocialização depende das circunstâncias pessoais de cada sujeito. O problema é que o art. 89, CPE, desconsidera tais fatores, não fazendo nenhuma menção aos elementos pessoais do réu, à natureza do delito, à sua conduta e esforço para reparar o dano.[139]

Sobressai, portanto, o intento legislativo de obstar o acesso do imigrante irregular, rumo a uma exclusão radical (que somente não é levada a cabo, excepcionalmente, com base na natureza do delito), não se observando que a ressocialização opera individualmente, levando-se em conta não o crime cometido, mas, sim, os caracteres pessoais do réu, nada tendo a ver com a sua situação administrativa (regular ou irregular).[140] Assim, a ressocialização resulta impossível pelo fato do texto legal não contemplar tal finalidade, pois a prática excepcional parte da automaticidade da medida em detrimento da necessidade de uma individualização.[141]

---

corresponde à atração que exerce um certo padrão de bem-estar. Segundo ela, não podem pretender aproveitar a afluência enquanto se adaptem estritamente à necessidade/utilidade, pois isso se constitui numa utopia. De outro lado, não pode ser olvidado que as situações de marginalização e clandestinidade favorecem a criminalidade dos imigrantes. Dessarte, o sistema de garantias do Direito Penal deve ser estendido aos estrangeiros "sem papéis", o que corresponde ao direito universal de acesso à justiça, sendo o custo financeiro perfeitamente suportável e, por isso, não pode ser utilizado para o recorte de direitos fundamentais. Ver p. 56.

137. CANCIO MELIÁ; MARAVER GÓMEZ. Op. cit., p. 388.

138. Idem, p. 389-390.

139. ASÚA BATARRITA, Adela. Op. cit., p. 57.

140. Conforme Cancio Meliá; Maraver Gómez (op. cit., p. 391), a expulsão contrasta, radicalmente, também, com a existência de inúmeros convênios orientados para o traslado de pessoas a seu país de origem para que cumpram a pena privativa de liberdade.

141. Não é sem razão que há movimentos para alterar a legislação, preconizando uma efetiva participação do réu no processo de execução da medida, com sua prévia oitiva, bem como

Em síntese, pode-se notar que a medida de expulsão, em um primeiro momento, revela-se inconciliável com o princípio constitucional da individualização da pena, bem como com relação aos fins preventivos da pena (geral e especial), que são renunciados.[142] Cuida-se de um "fenômeno degenerativo"[143] do jurídico-penal, que informa sobre uma mutação do Direito Penal do cidadão para o Direito Penal do inimigo.

4. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES: O SIGNIFICADO "LATENTE" DA POLÍTICA CRIMINAL NO TRATO DA IMIGRAÇÃO: O IMIGRANTE NO PAPEL DO INIMIGO

Estabelecidos os contornos da legislação italiana e espanhola no trato da imigração ilegal e tendo, como pano de fundo os fundamentos do Direito Penal do inimigo, é possível esboçar o retrato da política criminal implementada pelos referidos países para gestionar o crescente fenômeno da migração. Com efeito, conforme Gunther Jakobs, a formulação teórica do Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: a) amplo adiantamento da punibilidade (orientada para o futuro, deixando de estar orientada para o fato cometido); b) as penas previstas são desproporcionadamente altas, mormente quando confrontadas com a antecipação da barreira de punição e, por fim, c) as garantias processuais são relativizadas, quando não, suprimidas.[144-145] E, com tal instrumental, o Estado não fala com os

---

para que a medida seja convertida para facultativa (com a redução da pena abstrata para dois anos). Também, no sentido de que a medida seja individualizada, observada a situação pessoal do réu, chegando a uma postura que reclama sua eliminação. Os contornos do projeto de lei e propostas de alteração da legislação, ver CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 393-394.

142. Idem, p. 396-397. Aqui cumpre que se destaque a ambivalência da "dor penal", que, na dicção dos autores, pode se revelar com um prêmio ou como um desastre pessoal. Além disso, representa uma total neutralização do efeito de prevenção geral para os autores dos crimes, gerando um efeito atrativo (vir ao território espanhol para traficar, apostando no "prêmio" da expulsão). Em uma palavra, na trilha de Cancio Meliá e Maraver Gómez, produz o golpe final com relação aos imigrantes irregulares, promovendo resoluções aleatórias e desiguais, imprimindo uma verdadeira cláusula excepcional. E, para constatar-se tal afirmação, é de relevo a leitura dos julgados espanhóis trazidos à colação na p. 398.

143. A afirmação é de CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 400.

144. Ver CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: "Derecho Penal" del enemigo? In: _____; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevídeo-Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 341-382.

145. CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 404. Nesse particular, conforme o pensamento dos autores, o centro de gravidade do Direito Penal do inimigo, no ordenamento jurídico espanhol, encontra-se na legislação antiterrorista, principalmente após as

cidadãos, mas ameaça seus inimigos, que passam a ser vistos como malfeitores e arqui-inimigos.[146]

Nesse processo de "demonização" do criminoso, a criminalidade do imigrante se encaixa no modelo de um verdadeiro Direito Penal do autor, instrumentalizado pelo Direito Penal do inimigo. Realizando uma análise interpretativa da legislação, encontram-se traços de excepcionalidade, que é característico do Direito Penal do inimigo.[147] A citada legislação italiana, de forma radical e desproporcional, vê a imigração irregular como uma contravenção (portanto, é delito) passível de expulsão administrativa a ser decretada por um Juiz de Paz, em ofensa ao princípio universal da jurisdicionalidade, saltando aos olhos a excepcionalidade da medida. Penaliza, ainda, o auxílio à imigração, punindo aquele que aluga um imóvel ao imigrante clandestino com o confisco do bem, em total ofensa ao princípio da proporcionalidade/razoabilidade. No cotejo do art. 318, CPE, se avulta o amplo adiantamento das barreiras da punição, pois o tráfico de pessoas é equiparado à imigração irregular, punindo-se, da mesma forma, o mero auxílio à imigração irregular (que é o bem jurídico protegido!), não importando os efeitos que possa produzir na pessoa do imigrante (seu consentimento, auxílio por vínculos familiares e afetivos). E, desse caráter formal do crime, detecta-se, de igual sorte, ofensa ao princípio da proporcionalidade, pelo excesso punitivo do legislador, na medida em que existem determinadas condutas que não merecem uma resposta jurídico-penal, como é o caso da imigração irregular, que não passa de mera infração administrativa.[148]

---

alterações aprovadas no curso do ano de 2003. Nesse sentido, consultar CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo...* cit.

146. Idem, p. 405. No entendimento dos autores, o sentido de malfeitor (ou inimigo) é dado em uma acepção "pseudorreligiosa", e, não, militar.

147. Nesse sentido, é a doutrina de CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 406 e ss. Compartilha o mesmo pensamento, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Globalización, tráfico internacional, ilícito de personas y derecho penal*. Granada: Comares, 2004. p. 336-351. Conforme Perez Cepeda, o inimigo pode ser considerado o imigrante irregular, na medida em que, ao encontrar-se em uma situação de irregularidade, abandonou o Direito de forma duradora e, por isso, não reúne as características cognitivas imprescindíveis para atuar como pessoa. Portanto, os imigrantes irregulares encontram-se na zona do não Direito (carecem de liberdade de reunião, associação, manifestação, sindicalização, greve e limitado acesso à justiça), podendo ser expulsos com base em meras irregularidades administrativas.

148. CANCIO MELIÁ; MARAVER GÓMEZ. Op. cit., p. 407. Com todo acerto, os autores informam que a legislação é confusa, uma vez que, num primeiro momento, apresentam os imigrantes como vítimas e, por outra parte, se criminaliza o mero fato de prestar-lhes ajuda (sem o ânimo de lucro!). A mensagem, efetivamente, é hipócrita, pois a mera presença do imigrante é uma ameaça penal. A consequência é que o próprio imigrante acaba sendo visto como um não cidadão (um inimigo).

No caso da expulsão administrativa prevista para ambas as legislações, a formulação preconizada por Jakobs apresenta-se de forma radical,[149] uma vez que há uma completa ausência de proporção,[150] aplicada de forma automática, sem a devida fundamentação e cotejo das circunstâncias pessoais que cercam o imigrante irregular. Ou seja, não se observa o direito fundamental e universal do efetivo acesso à justiça, revelando a medida de excepcionalidade sem limites. Além disso, a completa ausência de proporção[151] é informada, ainda, pela proibição de retorno pelo período de 10 anos, um *plus* no reforço do controle dos fluxos migratórios, bem como pela renúncia do cumprimento da pena.

Em definitivo, com Cancio Meliá e Maraver Gómez, pode-se dizer que ambos os setores da regulação cuidam de construir uma categoria de inimigos, identificando imigração como delito, associando o grupo à condição de elementos perigosos e conferindo-lhes um controle penal diferenciado que permite a exclusão material de toda a categoria.[152] Em ares de controle penal diferenciado, que permite a exclusão material de toda a categoria, que se avoluma nos chamados centros de detenção/espera de imigrantes ilegais, paradigmas do controle social moderno, especializado na suspensão dos direitos dos imigrantes (lugar do não Direito). É nesse cenário que aparece a sanção do modelo pós-fordista de repressão: a expulsão penal daqueles que não são mais úteis à sociedade.[153] Cuida-se de um conjunto de medidas que transmuda o setor da imigração em um puro Direito policial que, com a desculpa da ameaça terrorista, elabora uma legislação política de exceção, que não só satisfaz as necessidades simbólicas dos aparatos de segurança, mas também põe em perigo a sociedade em seu conjunto.[154]

---

149. Nesse sentido, é o pensamento de NAVARRO CARDOSO, Fernando. Expulsión penal de extranjeros: uma simbiosis de derecho penal simbólico y derecho penal del enemigo. *Revista de Derecho Penal y Criminologia*. n. 1. p. 153-182.

150. A conclusão é de CANCIO MELIÁ; MARAVER GÓMEZ. Op. cit, p. 407.

151. Nesse aspecto, ver PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Globalización, tráfico internacional, ilícito de personas y derecho penal* cit., p. 336-345. Nas suas palavras, quando a utilização do Direito Penal sucumbe às politicas migratórias do executivo, assume-se o risco de perda do sistema de garantias e possível lesão aos princípios da tutela judicial efetiva e de presunção da inocência do imigrante irregular, pois é possível determinar sua expulsão sem haver determinado judicialmente sua responsabilidade penal. Ver p. 339.

152. CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 408-411.

153. Ver FARALDO CABANA, Patrícia; MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio. El nuevo autoritarismo político-criminal em España. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal y sistema penal: viejas e nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 395-452.

154. PORTILHA CONTRERAS, Guilhermo. La configuración del 'homo sacer' como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial. In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (org.). *Serta in*

Presencia-se uma nova articulação entre a biopolítica do *Welfare* e a polícia moderna,[155] movida por uma insegurança que tem significados distintos (para os dominantes e dominados), representativa da perda das conquistas do final do século XIX (direitos políticos, direitos civis, direitos sociais e garantias). Nesse contexto de crise provocada pelo desenvolvimento liberal globalizado, os imigrantes figuram como os novos *outsiders*[156] do jogo de mediações entre o Estado e o mercado.[157]

---

memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1401-1423. Efetivamente, seguindo os ensinamentos de Portilha Contreras, pode-se referir que o símbolo que caracteriza a pós-modernidade é a exclusão generalizada da "multidão", informada, portanto, pela excepcionalidade (Agamben). Dessa forma, o imigrante constitui-se no *homo sacer* pós-moderno, uma vez que foi convertido em uma vida nua, indigna; qualquer Estado pode determinar sua morte (leia-se: exclusão).

155. PASTOR, Jaime. Geopolítica, guerras y balcanes globales. In: BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (org.). *Guerra global permanente: la nueva cultura de la inseguridad*. Madrid: Catarata, 2005. p. 15-51. Para Pastor, o termo geopolítica tem a ver com imperialismo, bem como a tendência de o Ocidente opor-se frente ao Oriente mediante uma representação espacial hierárquica e eurocêntrica. Consultar, na mesma obra, a doutrina de VIEJO VIÑAS, Raimundo. Del 11-s al 15-f y después: por uma gramática del movimiento ante la guerra global permanente. In: BERGALLI, Roberto; BEIRAS, Iñaki Rivera (coord.). *Política criminal de la guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 80-123.

156. BECKER, Howard S. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza X. De Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 15-27. Na trilha dos ensinamentos de Becker, tem-se que o desvio pode ser melhor explicado a partir da constatação dos efeitos patológicos do capitalismo, revelando-se, de suma importância, o questionamento que é problemático no sentido de como as coisas são definidas. Dito de outro modo, se os *outsiders* (desviados) são aqueles que se desviam da regra do grupo, não pode ser ignorado o questionamento de quem faz o julgamento do desvio, bem como a perspectiva do próprio desviado. Como diz Becker, "todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos e em algumas circunstâncias, impô-las. Regras sociais definem situações e tipos de comportamento a elas apropriados, especificando algumas ações como "certas", e proibindo outras como "erradas". Quando uma regra é imposta, a pessoa que, presumivelmente, a infringiu pode ser vista como um tipo especial, alguém de quem não se espera que viva de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Essa pessoa é encarada como um outsider. Mas a pessoa assim rotulada pode ter uma opinião diferente sobre a questão. Pode não aceitar a regra pela qual está sendo julgada e pode não encarar aqueles que a julgam competentes ou legitimamente autorizados a fazê-lo". Idem, p. 15. O conceito de *outsider* também é fornecido por ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000. p. 7-19. Volvendo à questão da imigração ilegal e levando-se em consideração a teoria do desvio de Becker e Elias, pode-se referir que o imigrante ilegal, efetivamente, é etiquetado como um *outsider*, todavia não se questiona ou se leva em consideração crítica o grupo que impõe o rótulo "desviante".

157. PALIDDA, Salvatore. La 'revolución policial'. In: PUENTE ABA, Luz Maria (org.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*.

Estabelece-se um verdadeiro "Direito de luta" contra a criminalidade dos imigrantes,[158] que se situa na fronteira (e se indetermina) com o Direito de guerra,[159] contaminando a própria hermenêutica jurídica.[160] Nesse triste cenário de exclusão radical, os imigrantes, já na categoria de *non persona* e nas vestes de inimigos do Ocidente, são submetidos a uma radical exploração econômica, bem como a uma inclusão/excludente, violadora dos postulados dos direitos humanos e reveladora da insolidariedade social.[161]

Granada: Comares, 2008. p. 41-68. No contexto de "revolução policial", no pensamento de Palidda, o cárcere se direciona ao excedente humano. E, nesse sentido, os centres de retention CPT –, constituem os cárceres especiais para imigrantes clandestinos, como, por exemplo, as fossas do deserto líbio ou no Saara argelino ou marroquino, assim como Abu Ghraib e Guantânamo, que são novos internamentos destinados a encarcerar e a eliminar. Ver. p. 56.

158. DONINI, Massimo. Op. cit., p. 29-75. Segundo Donini, o denominado "Direito de luta" tem sido incorporado nos discursos dos países europeus, traduzindo-se em uma propaganda bélica (combate) contra a criminalidade, cujos efeitos são seguramente graves e perigosos, implicando um verdadeiro ataque ao garantismo clássico, que desconhece normas de exceção e uma pena que olha somente o autor. De outro lado, anota Donini que a "luta" contra a criminalidade já não se apresenta como mero fenômeno sociológico, próprio da ação policial, mas, sim, como programa governamental e uma política criminal. Cuida-se de um conceito normativo (pois incorporado pelas normativas europeias e internacionais), que contamina as funções ordinárias do Direito Penal e a própria função jurisdicional. Por fim, ensina Donini que, no Direito Penal da imigração, se apresentam alguns aspectos que configurariam um verdadeiro Direito do inimigo de massa, pois a responsabilidade penal vem do status de não cidadão ou não pessoa, cuja periculosidade advém, unicamente, da violação das medidas administrativas da imigração. Consultar p. 32-55.

159. RIVERA BEIRAS, Iñaki. Op. cit., p. 112-159. Conforme Rivera Beiras, o futuro da insegurança permanente, que se multiplicou a partir do atentado de 11.09.2001, pelo seu tratamento midiático, intensificou o pânico social, dando caldo à cultura de legislação de emergência (excepcionalidade) penal, alimentando uma política restritiva em matéria de imigração. O novo fenômeno que surge é o da "violência política", o que se revela emblemático na guerra ao crime de terrorismo. A consequência disso é que, sob o fetiche da eficácia, se legitima a expansão da emergência e práticas de exceção, sem a necessidade de se socorrer, formalmente, da declaração do Estado de exceção. Consultar especialmente p. 121-125.

160. DONINI, Massimo. Op. cit., p. 64.

161. DAL LAGO, Alessandro. La guerra-mundo cit., p. 30-31. Nesse sentido, Dal Lago entende que os centros de internamento, difundidos mundo afora, para estrangeiros ilegais ou clandestinos, não são formalmente distintos dos cárceres militares especiais, porquanto estão reservados a sujeitos privados de toda a legitimidade social. Também ensina que, na atualidade, o princípio da inimizade, sobre a qual se baseia o controle militar, tende a se aplicar à qualquer ameaça a ordem instituída. Do mesmo sentir, é o pensamento de PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007. p. 406-409.

5. REFERÊNCIAS

ASÚA BATARRITA, Adela. La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración. In: LAURENZO COPELLO, Patricia (org.). *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*. Valência: Tirant lo Blanch, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2006.

_____. *O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

BERGALLI, Roberto (org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. *La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal*. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008.

_____. Itinerários de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporâneas.

_____. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007.

BUCCI, Eugênio; KEHL, Maria Rita. *Videologias*. São Paulo: Boitempo, 2004.

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

CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: "Derecho penal" del enemigo? In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevídeo-Buenos Aires: IBDEF, 2006.

_____. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Reus, 2010.

_____. Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista en el Código Penal español. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. vol. 3.

_____; MARAVER GÓMEZ, Mario. El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal. In: BACIGALUPO, Silvina, CANCIO MELIÁ, Manuel (org.). *Derecho penal y política transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005.

CASTEL, Robert. *La inseguriad social: que es estar protegido?* Trad. Viviana Ackerman. Buenos Aires: Manatial, 2004.

DAL LAGO, Alessandro. La guerra-mundo. In: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki (org.). *Política criminal de la guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005.

_____. Personas y no-personas. In: SILVEIRA GORSKI, Hector C. (org.). *Identidades comunitárias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006.

_____. *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Trad. Iñaki Rivera e Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005.

DE LUCAS, Javier. Novas estrategias de estigmatización. El derecho, frente a los inmigrantes. In: PORTILHA CONTRERAS, Guilhermo. *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005.

DOBÓN, Juan. RIVERA BEIRAS, Iñaki (org.). *La cultura del riesgo: derecho, filosofía y psicoanálisis*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

DONINI, Massimo. Derecho penal de lucha: lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no deve limitarse a exorcizar. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (org.). *Política criminal em vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Navarra: Thomson Civitas, 2008.

DUFOUR, Dany-Robert. *A cidade perversa: liberalismo e pornografia*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Trad. Ephraim Ferreira Alves et al. Petrópolis: Vozes, 2002.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia. Análisis comparado de las legislaciones penales. In: ZULGALDÍA ESPINAR, José Miguel; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007.

FARALDO CABANA, Patrícia; MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio. El nuevo autoritarismo político-criminal em España. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal y sistema penal: viejas e nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005.

FERNANDEZ, Encarnación. *¿Estados fallidos o Estados en crisis?*. Granada: Comares, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

GARCÍA ARÁN, Mercedes (org.). *Trata de personas y exploración sexual*. Granada: Comares, 2006.

GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz (org.). *Protección y expulsión de extranjeros en derecho penal*. Madrid: La Ley, 2007.

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

GUISASOLA LERMA, Cristina. Reformas penales y tendencias político-criminales en materia de inmigración. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. n. 67. p. 37-54. Madrid, enero 2010.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação simbólica*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

LAURENZO COPELLO, Patricia. El modelo de protección penal de los inmigrantes: de vítimas a excluidos. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura. *Política criminal em vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, crimialidad organizada*. Navarra: Thomson Civitas, 2008.

_____. La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros. *Revista de Derecho Penal y Criminologia*. vol. 12. n. 12. p. 62-93. Madrid, jul. 2003.

LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

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

_____. Uma leitura kantiana de "tolerância zero" nos planos internacional e nacional. *Revista da Ajuris*. n. 114. p. 146-167. Porto Alegre: Ajuris, jun. 2009.

_____. As mutações do Leviatã no trânsito do fordismo ao pós-fordismo: edificação da sociedade do controle e a criminologia do atuarismo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 103. p. 289-323. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2013.

MANERI, Marcelo. Los medios de comunicación y la guerra contra las migraciones. Trad. Patricia Faraldo Cabana e Carlos Suárez-Mira Rodríguez. In: PALIDDA, Salvatore; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (dir.). *Criminalización racista de los migrantes em Europa*. Granada: Comares, 2010.

MAQUEDA DE ABREU, María Luisa. La nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas. In: LAURENZO COPELLO, Patricia (org.). *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*. Valência: Tirant lo Blanch, 2002.

MARTÍN SEGURA, David San. La excepción material y los contornos de lo ordinário: a propósito de la usa patriot act. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRIGUEZ MORO, Luis (org.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*. Granada: Comares, 2008.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La inmigración como delito: un análisis político-criminal, dogmático e constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*. Barcelona: Atelier, 2007.

_____. Innmigración, derechos humanos y política criminal: hasta dónde estamos dispuestos a llegar? *Revista para el Análisis del Derecho – Indret*. n. 3. p. 2-45. Barcelona, jul. 2009.

MELOSSI, Dario. Il giurista, il sociologo e la "criminalizzazione" dei migranti: che cosa significa "etichettamento" oggi. *Studi Sulla Questione Criminale*. n. 3. p. 9-23. Roma, 2008.

_____; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

_____. Ripartire de uma sconfitta. *Stuti Sulla Questione Criminale*. n. 1. p. 7-15. Roma, 2008.

MEZZADRA, Sandro. *Derecho de fuga: migraciones, ciudadania y globalización*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2005.

MÍGUEZ, Daniel; ISLA, Alejandro. *Entre la inseguridad y el temor: instantáneas de la sociedad actual*. Buenos Aires: Paidós, 2010.

MONCLÚS MASÓ, Marta. Hacia uma política criminal diferenciada para extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanción penal especial. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (org.). *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005.

MOSCOVI, Giuseppe. Inmigración, seguridad y cárcel em Italia (en la perspectiva de la guerra global). Trad. Roberto Bergalli. In: BERGALLI, Roberto. RIVERA BEIRAS, Iñaki (org.). *Política criminal de la guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005.

_____. La seguridad de la inseguridad. Retóricas y giros de la legislación italiana. Trad. José Ángel Brandariz García. In: PALIDDA, Salvatore; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (dir.); IGLESIAS SKULI, Agustina; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio (coord.). *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares, 2010.

NAVARRO CARDOSO, Fernando. Expulsión penal de extranjeros: uma simbiosis de derecho penal simbólico y derecho penal del enemigo. *Revista de Derecho Penal y Criminologia*. n. 1. p. 153-182. Madrid, enero 2006.

NEGRI, Antonio. *La forma-Estado*. Trad. Raúl Prieto del Campo. Madrid: Akal, 2003.

NEGRI, Toni. Prefacio. In: DE GIORGI, Alessandro. *Tolerância cero: estratégias y prácticas de la sociedade de control*. Barcelona: Virus, 2005.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PALIDDA, Salvatore. *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Trad. Luis Rodrigues Moro e José Ángel Brandariz García. Granada: Comares, 2010.

_____. El crime deal italiano. In: _____; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (org.). *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Trad. Jose Antonio Ramos Vasquez. Granada: Comares, 2010.

_____. La revolución policial. In: PUENTE ABA, Luz Maria; ZAPICO BARBEITO, Mônica; RODRÍGUEZ MORO, Luis (org.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contempóraneos dela política criminal*. Granada: Comares, 2008.

PASTOR, Jaime. Geopolítica, guerras y balcanes globales. In: BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (org.). *Guerra global permanente: la nueva cultura de la inseguridad*. Madrid: Catarata, 2005.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *Globalización, tráfico internacional, ilícito de persona y derecho penal*. Granada: Comares, 2004.

_____. La criminalización de la pobreza y la expansión de la plobación carcelaria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 82. p. 257-294. São Paulo: Ed RT, 2010.

_____. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

_____. Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (org.). *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007.

POMARES CINTAS, Esther. Las incongruencias del derecho penal de la inmigración. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (org.). *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. Las incongruencias del derecho penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 331. 1, CP). In: ZULDAGÍA ESPINAR, José Miguel (org.). *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007.

PORTILHA CONTRERAS, Guilhermo. *El derecho penal entre cosmopolitismo uinersalista y el relativismo posmodernista*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. La configuración del "homo sacer" como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial. In: PÉREZ ALVAREZ, Fernando (org.). *Certa in memorian Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Adonde va el derecho penal: reflexiones sobre las leys penales y los penalistas españoles*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos y posibles formas de la penalidad*. Barcelona: Anthropos, 2005.

RUSCHE, Gorge. KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estrutura social*. Trad. Emilio García Méndez. Bogotá-Colombia: Temis, 2004.

SCEVI, Paola di. Considerazioni sul nuevo reato di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nel territorio dello stato. *Rivista Penale*. n. 9. p. 915-919. Piacenza, 2009.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*: teoria do *partisan*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. In: LAURENZO COPELLO, Patricia (org.). *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*. Valência: Tirant lo Blanch, 2002.

SIMON, Jonatan. *Gobernar a través del delito*. Trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2011.

SINGER, Peter. *Um só mundo: a ética da globalização*. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VIEJO VIÑAS, Raimundo. Del 11-s al 15-f y después: por uma gramática del movimiento ante la guerra global permanente. In: BERGALLI, Roberto; BEIRAS, Iñaki Rivera (coord.). *Política criminal de la guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005.

VIRILIO, Paul. *Un paisaje de acontecimientos*. Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Paidós, 1997.

WACQUANT, Loïc. *Los condenados de la ciudad: gueto, periferias y estado*. Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

_____. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na sociedade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Aquém da paz e além da guerra: uma análise jurídica e sociológica do direito penal do inimigo, de Fernanda Otero Costa - *RBCCrim* 94/57-85 (DTR\2012\15);
- As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da "tolerância zero" ao "direito penal do inimigo", de Francisco Muñoz Conde - *RCP* 4/53-82 (DTR\2006\23);
- Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs, de Vinicius Borges de Moraes - *RBCCrim* 74/9-34 (DTR\2008\543);
- Defesa social, ideologia do tratamento e o direito penal do inimigo, de Bruno de Morais Ribeiro - *RCP* 5/188-213 (DTR\2006\395); e
- O Estado vs. o estrangeiro reflexões sobre a soberania e a liberalização da imigração, à luz do cosmopolitismo, de Marcelo de Lima - *RDCI* 74/289-320 (DTR\2011\1282).

Análise dos paradigmas de uma subcultura delinquencial na fronteira entre Portugal e Galícia a propósito de um estudo da tríplice fronteira entre Brasil, Paraguai e Argentina

Analisys of the paradigms of a delinquent subculture in the border between Portugal and Galicia for a study of the triple border between Brazil, Paraguay and Argentina

Marcos Araguari de Abreu

Mestrando em "Sociedade, Cultura e Fronteiras" na Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Unioeste). Pós-graduado, em nível de especialização, em Gestão da Segurança Pública pela Escola Superior de Polícia Civil do Estado do Paraná. Ex-Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Delegado de Polícia no Estado do Paraná.
marcos.araguari@hotmail.com

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo contempla uma análise criminológica baseada nas matrizes da *teoria da subcultura delinquente*, idealizada pelo eminente criminologista americano Albert Kircidel Cohen, acerca de um texto da antropóloga e professora portuguesa Paula Godinho no estudo sobre a dinâmica da atividade de contrabando na fronteira entre Portugal e a província espanhola da Galícia, até meados dos anos 1950. O trabalho aqui desenvolvido objetiva extrair elementos teóricos para a exploração do conceito de *subcultura delinquencial* e suas implicações como uma *lógica laboral e psicossocial desviante* dos padrões de legalidade oficiais, particularmente em comparação com as dinâmicas sociais e culturais da tríplice fronteira entre Brasil, Paraguai e Argentina.

Palavras-chave: Subcultura Delinquente – Albert Kircidel Cohen – Contrabando – Fronteira – Paula Godinho.

Abstract: This article contains a criminological analysis based on the frameworks of the theory of delinquent subculture, created by the prominent American criminologist Kircidel Albert Cohen, about a text by Portuguese anthropologist and teacher Paula Godinho in the study of the dynamics of the activity of smuggling on the border between Portugal and the Spanish province of Galicia, until the mid-1950s. This work aims to extract theoretical elements to explore the concept of delinquent subculture and its implications as a labour and psychosocial logic that deviates from the official standards of legality, particularly in comparison with the social and cultural dynamics of the triple border between Brazil, Paraguay and Argentina.

Keywords: Delinquent subculture – Albert Kircidel Cohen – Smuggling – Border line – Paula Godinho.

Sumário: 1. Introdução – 2. Elementos de uma subcultura delinquente nas matrizes de Albert Kircidel Cohen e sua vocação generalizadora – 3. A dinâmica do contrabando na região frontei-

Abreu, Marcos Araguari de. Análise dos paradigmas de uma subcultura delinquencial na fronteira entre Portugal e Galícia a propósito de um estudo da tríplice fronteira entre Brasil, Paraguai e Argentina. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 383-399. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

riça entre Portugal e Galícia como expressão de uma *subcultura delinquencial* – 4. Reflexões e considerações finais – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo foi elaborado no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, no âmbito do mestrado "Sociedade, Cultura e Fronteiras" sob a orientação do Prof. Dr. José Carlos dos Santos, e se insere num panorama de pesquisa da *subcultura delinquencial* na tríplice fronteira de Brasil, Paraguai e Argentina, em Foz do Iguaçu, no Estado do Paraná, considerando a perspectiva criminógena da ambientação gerada pela atividade do contrabando, principalmente entre os dois primeiros países citados.

Constitui, por outro lado, uma continuação dos estudos já realizados quando da elaboração de nosso texto *Tríplice fronteira: blindada ou bestializada? Proposta de análise de uma subcultura delinquencial em Foz do Iguaçu*, anteriormente publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.[1] No referido trabalho, fragmento de nossa pesquisa tido por preliminar a este estudo, abordamos de maneira introdutória a dubiedade da condição do delinquente, e, em particular, do *contrabandista* na tríplice fronteira brasileira, enquanto indivíduo subjugado por uma marginalização imposta por sua própria condição social desviante, simultaneamente à sua configuração como indivíduo que também subjuga, com sua conduta voluntária, e algo sorrateira, consistente na utilização de mecanismos para driblar a normatização oficial e desempenhar sua atividade ilícita, o contrabando. É um aparente paradoxo que o historiador José Murillo de Carvalho explora brilhantemente utilizando-se da contraposição do *bilontra*, o "velhaco" ou "malandro", frente ao *bestializado*, o indivíduo "alienado", aquele que se encontra descontextualizado frente à problemática social na qual está imerso.[2]

Neste contexto, o objetivo do trabalho que ora se faz é analisar, sob o ponto de vista da *teoria da subcultura delinquente* idealizada pelo criminologista americano Albert Kircidel Cohen, o artigo Desde a idade de seis anos, fui muito contrabandista – O concelho de Chaves e a comarca de Verín, entre velhos quotidianos de fronteira e novas modalidades emblematizantes, de Paula Godinho, professora do Departamento de Antropologia da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Uni-

1. ABREU, Marcos Araguari. Tríplice fronteira: blindada ou bestializada? Proposta de análise de uma subcultura delinquencial em Foz do Iguaçu. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*. p. 16-18. São Paulo, jan. 2014.

2. CARVALHO, José Murillo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

ABREU, Marcos Araguari de. Análise dos paradigmas de uma subcultura delinquencial na fronteira entre Portugal e Galícia a propósito de um estudo da tríplice fronteira entre Brasil, Paraguai e Argentina. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 383-399. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

versidade Nova de Lisboa. No referido texto, sua autora tenta compreender aquilo que considera um paradoxo, consistente na visibilidade atual dos resquícios de uma antiga atividade de contrabando, devido à exploração turística de antigas rotas de passagem de produtos que, no idos da década de 1950, eram objetos deste ilícito na fronteira entre Portugal e a província da Galícia, comunidade autônoma espanhola situada no noroeste da península Ibérica, tendo como palco principal o "Vilarelho da Raia", freguesia portuguesa do concelho de Chaves.

O período explorado pela antropóloga se estende, como antes referido, até pouco depois dos anos 1950, quando ocorre na região uma aceleração do desligamento da população em relação à atividade agrícola e a crescente desertificação da faixa fronteiriça, decorrentes, principalmente, das novas dinâmicas econômicas impostas pela diminuição e, até, pela supressão dos controles do trânsito internacional de mercadorias, cujo ápice é representado pelo ingresso de Portugal e Espanha na União Europeia. A autora do texto aqui analisado faz uma investigação dos fenômenos cotidianos ligados à atitude dos indivíduos enquanto contrabandistas, suas relações promíscuas com os mecanismos de controle oficiais – a Polícia, cujos integrantes são ali designados como "guardas-fiscais" – e, principalmente, a característica agrícola regional desta fronteira, à qual o contrabando aparece ligado de maneira complementar, tendo servido a alguns como simples estratégia para "escapar à miséria que pautava os quotidianos dos grupos sociais com menor acesso à propriedade".[3]

Dentro do estudo que ora se pretende fazer, questiona-se de que modo o contexto social construído a partir do panorama descrito por Godinho parece gerar um emaranhando de valores e comportamentos que se traduzem num sistema subcultural, de alguma forma apreciável e útil para uma investigação da lógica social de outras regiões fronteiriças, tais como a tríplice fronteira entre Brasil, Paraguai e Argentina, na cidade de Foz do Iguaçu, Estado do Paraná.

O "conceito de subcultura", segundo Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina, "está longe de ser pacífico. Alguns autores o utilizam como sinônimo de 'subsociedade'; outros para designar a mera 'diferenciação de papéis' ou, inclusive, para expressar a bem distinta acepção de 'contracultura'".[4] Independente

3. GODINHO, Paula. Desde a idade de seis anos, fui muito contrabandista – O concelho de Chaves e a comarca de Verín, entre velhos cotidianos e novas modalidades emblematizantes. In: FREIRE, Dulce; ROVISCO, Eduarda; FONSECA, Inês (coord.). *Contrabando na fronteira luso-espanhola: práticas, memórias e patrimônios*. Lisboa: Nelson de Matos, 2009 p. 34.

4. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 7. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 295.

de um emprego diverso do termo noutros contextos, aqui nos interessa a acepção de *subcultura* como aquilo que designamos de *lógica laboral e psicossocial desviante*, conflituosa por natureza com os padrões dogmáticos de legalidade do Estado. Trata-se, por conseguinte, das percepções psicológicas e das atitudes práticas dos membros de um grupo social, cuja atividade *laboral* preponderante absorve elementos e ações tidas como ilegais pelos organismos de controle social – factualmente representados pela Polícia e pela Justiça Criminal. E mais: trata-se, em verdade, da análise da constante repetição dos padrões comportamentais destes indivíduos ao longo do tempo e dentro de um território e de um contexto histórico determinados, o que acaba por gerar uma verdadeira *subcultura*, dinamizada e dinamizadora, uma *subsociedade* geradora de sensações de pertencimento à terra como espaço físico palpável, como território, e ao próprio contexto socializante (elemento *psicossocial*).

Preliminarmente ao ingresso no objeto deste estudo, faz-se necessária a verificação teórica do que acabamos de afirmar, para que, em um momento intermediário, possamos chegar ao cerne conceitual da questão, investigando, agora sim, e ao final, a dinâmica social que se desenrolou no local e no período pesquisado por Paula Godinho (a fronteira entre a Galícia e Portugal até pouco depois de meados dos anos 1950). O destino último do estudo, outrossim, parece tanger a possível constatação de elementos categorizados que permitam explorar esta realidade sob o ponto de vista de uma verdadeira *teoria subcultural*, ou, mais propriamente, dentro das matrizes teóricas de uma *subcultura delinquencial*, aplicável à busca do entendimento das dinâmicas socioculturais de outras regiões fronteiriças, tais como a tríplice fronteira entre Brasil, Paraguai e Argentina, nos moldes expostos anteriormente, e particularmente na missão de compreender as diversas estratégias individuais de sobrevivência neste ambiente.

Por outro lado, é pertinente desde logo esclarecer que, no contexto (*sub*)cultural que ora pretendemos explorar, parece mais cauteloso entender como delinquente aquele indivíduo cuja atitude desafia a normatização legal do Estado, mas que detém a característica fundamental de pertencimento a um território e a um núcleo societário em particular, cuja dinâmica laboral o arrasta, fundamentalmente, para esta ilicitude. Não se trata, simplesmente, de alguém que cometeu um crime ou, mesmo, que comete crimes. A ideia central da delinquência, portanto, e mesmo no entender de Michel Misse, deve estar atrelada à ideia de *territorialidade*, quando então "ganha contornos espaciais e amplifica-se nos sujeitos locais",[5] e a um pro-

5. MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido". *Lua Nova*. n. 79. p. 20. São Paulo, 2010. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/ ln/n79/a03n79.pdf]. Acesso em: 03.05.2014.

cesso de subjugação ou de *sujeição criminal*, o qual vem permeado por mecanismos de rotulação ou estigmatização que conduzem, aqui, a um tipo de agente social primordial, o *sujeito contrabandista*.

2. ELEMENTOS DE UMA SUBCULTURA DELINQUENTE NAS MATRIZES DE ALBERT KIRCIDEL COHEN E SUA VOCAÇÃO GENERALIZADORA

Comentando o assunto atinente às teorias subculturais, e mencionando a obra de Albert Kircidel Cohen, proeminente criminologista estadunidense, Gomes e Molina[6] aduzem muito propriamente:

"As teorias subculturais surgem, na década de 1950, como resposta, talvez, ao problema que suscitavam determinadas minorias marginalizadas, sobretudo nos Estados Unidos: minorias étnicas, políticas, raciais, culturais etc., muito ativas. Ainda que tais teorias pretendam circunscrever-se a esta temática (e, de modo particular, à delinquência 'juvenil'), com a obra de Cohen elas se convertem em uma explicação generalizadora da conduta desviada, chegando a adquirir um papel predominante nas teorias da criminalidade da Sociologia Criminal norte-americana.

As teorias subculturais sustentam três ideias fundamentais: o caráter pluralista e atomizado da ordem social, a cobertura normativa da conduta desviada e a semelhança estrutural, em sua gênese, do comportamento regular e irregular. A premissa destas teorias subculturais, antes de tudo, é contrária à imagem monolítica da ordem social que era oferecida pela Criminologia tradicional. Referida ordem social, a teor deste novo modelo é um mosaico de grupos, subgrupos, fragmentado, conflitivo; cada grupo ou subgrupo possui seu próprio código de valores, que nem sempre coincidem com os valores majoritários e oficiais, *e todos cuidam de fazê-los valer frente aos restantes*, ocupando o correspondente espaço social" (destaque não constante do original).

Destarte, as teorias subculturais trabalhariam com a ideia de que a sociedade não se constitui, simplesmente, de um bloco único e rígido – não é, por assim dizer, "monolítica" –, mas possui o que optamos por chamar aqui de "recortes sociais". Talvez caiba, a esta altura, até mesmo empregar o termo *subcultura* com a acepção de *subsociedade*, no sentido de que cada grupo, subgrupo ou núcleo social dispõe de dinâmicas próprias de sobrevivência, de *valores laborais e psicossociais* particulares, cada um deles cuidando de "fazê-los valer frente aos restantes".

A teorização que ora vimos tentando explorar resvala, de certo modo, num questionamento quanto à aplicabilidade da *teoria da subcultura delinquente* fora dos

6. Op. cit., p. 294.

limites originalmente propostos na sua origem. De acordo com o que dissemos acima, ao tratarem do surgimento das teorias subculturais Gomes e Molina[7] citam o criminologista Albert Kircidel Cohen, afirmando que com a obra deste estudioso as ditas teorias "se convertem em uma *explicação generalizadora* da conduta desviada" (grifos não constantes do original).

Generalizadora ou não, parece-nos que a obra de Cohen é suficientemente clara e assustadoramente intuitiva a ponto de permitir sua aplicação em contextos estranhos à sua origem sem que se considere a mesma um alienígena invasor, pois sua percepção capta a essência do problema delinquencial quanto à matriz subcultural. Albert Kircidel Cohen, em seu livro *Delinquet Boys: the culture of the gang*, analisa detidamente a questão da delinquência dita "juvenil", ligada à problemática das gangues, e devido – talvez – a um extraordinário tirocínio, sua apreciação vem a se estender para além de seu objeto inicial de estudo.

Assim é que, logo no início do primeiro capítulo de sua obra – a já citada *Delinquet Boys: the culture of the gang* –, a essência de seu pensamento salta aos olhos. Deste modo, segundo Cohen:[8]

"The expression, 'the delinquent subculture', may be new to some readers of this volume. The idea for which it stands, however, is a commonplace of folk – as well as scientific – thinking. When Mrs. Jones says: 'My Johnny is really a good boy but got to running around with the wrong bunch and got into trouble', she is making a set of assumptions which, when spelled out more explicitly, constitute the foundations of an important school of thought in the scientific study of juvenile delinquency. She is affirming that delinquency is neither an inborn disposition nor something the child has contrived by himself; that children *learn* to become delinquents by becoming members of groups in which delinquent conduct is already established and 'he thing to do'; and that a child need not be 'different' from other children, that he need not have any twists or defects of personality or intelligence in order to become a delinquent.

In the language of contemporary sociology, she is saying that juvenile delinquency is a subculture. The concept 'culture' is familiar enough to the modern layman. It refers to knowledge, beliefs, values, codes, tastes and prejudices that are traditional in social groups and that are acquired by participation in such groups".

Para melhor entendimento e numa tradução livre, poderíamos transcrever o texto de Cohen da seguinte maneira:

7. Idem.

8. COHEN, Albert Kircidel. *Delinquent boys: the culture of the gang*. Londres: Routledge & Kegan Paul [1955], p. 11. Disponível em: [http://movimentosjuvenisbrasileiros. blogspot. com.br/2009/08/livro-delinquent-boys-culture-of-gang.html]. Acesso em: 03.05.2014.

"A expressão 'subcultura delinquente' pode ser novidade para alguns leitores deste livro. A ideia que ela representa, no entanto, é uma maneira comum – bem como científica – das pessoas pensarem. Quando a Sra. Jones diz: 'Meu Johnny é realmente um bom garoto, mas começou a andar com o grupo errado e passou a ter problemas', ela está construindo um conjunto de pressupostos que, enunciado de forma mais explícita, constitui as bases de uma importante escola de pensamento do estudo científico da delinquência juvenil. Ela está afirmando que a delinquência não é nem uma disposição inata, nem algo que a criança adquiriu por si mesma; que as crianças *aprendem* a se tornar delinquentes, tornando-se membros de grupos em que a conduta delinquente já está estabelecida e é 'a coisa a se fazer'; e que a criança não precisa ser 'diferente' das outras crianças, que ela não precisa ter quaisquer distorções ou defeitos de personalidade ou inteligência, para que venha a se tornar um delinquente.

Na linguagem da sociologia contemporânea, ela está dizendo que a delinquência juvenil é uma subcultura. O conceito de 'cultura' é bastante familiar para o leigo moderno. Trata-se de conhecimentos, crenças, valores, códigos, gostos e preconceitos que são tradicionais nos grupos sociais e que são adquiridos através da participação em tais grupos."

Ao mencionar a percepção quase que intuitiva de uma simples "Sra. Jones" quanto ao fato de que o jovem "Johnny", apesar de ser um "bom garoto", aparentemente ter-se-ia "contaminado", por assim dizer, com a conduta e o perfil delitivos dos membros de um determinado grupo, Cohen traduz de maneira incrivelmente simples a ideia com a qual trabalhamos aqui, a acepção mais pura e original de *subcultura delinquente* – ou *delinquencial*, como preferimos nominar. É exatamente esta ideia de *dinamismo laboral e psicossocial* "contagioso" e particular de um subgrupo ou *subsociedade* que, a nosso ver, mostra-se pertinente ao analisarmos, no texto de Paula Godinho e no que atine à fronteira da província espanhola da Galícia com Portugal, a *lógica* de vida do sujeito criminal específico desta realidade: o *contrabandista*.

É preciso esclarecer, no entanto, que com a utilização do termo *subcultura delinquencial* não pretendemos representar qualquer espécie de cultura de alguma forma inferior a outra considerada pretensamente "dominante" ou "principal". Pretendemos, isto sim, evidenciar um recorte social tido mais propriamente como "subterrâneo", cujas dinâmicas psicológicas muitas das vezes são absorvidas e compreendidas apenas por seus próprios componentes. Por outro lado, a obra de Cohen já demonstra, por sua pureza, originalidade e pioneirismo, que o conceito de subcultura delinquente – ou *delinquencial* – perdura por mais de 60 anos no âmbito da criminologia, não sendo prudente, na análise que ora pretendemos fazer, sugerirmos uma nova terminologia enquanto não detectarmos que sua natureza e representatividade teórica venham a se esgotar.

ABREU, Marcos Araguari de. Análise dos paradigmas de uma subcultura delinquencial na fronteira entre Portugal e Galícia a propósito de um estudo da tríplice fronteira entre Brasil, Paraguai e Argentina. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 383-399. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

Por outro lado, não nos parece lícito, neste momento, apropriarmo-nos de balizas teóricas já consagradas na ciência criminológica com o objetivo de substituirmos palavras ou criarmos neologismos numa manobra pouco modesta, correndo o risco de esvaziar o seu significado. Destarte, insistiremos em utilizar a expressão *subcultura* com o seu predicado *delinquencial* – ou *delinquente*, conforme consagrado pelo criminologista estadunidense.

Ao comentarem a tese subcultural introduzida por Cohen, que manifestou inicialmente as suas ideias na metade do século passado, entre as décadas de 1950 e 1960, Gomes e Molina[9] noticiam que o criminologista americano concentrou a sua obra na análise da delinquência juvenil que se manifestava especificamente nas classes baixas, de modo a concluir que as áreas ou zonas de concentração da criminalidade não eram espaços desorganizados ou carentes de normatização e controle sociais. Muito pelo contrário, seriam elas zonas ou terrenos nos quais vigorariam normas distintas das oficiais, ou seja, *desviantes* daquilo que, aqui, chamamos de *padrões de legalidade* do Estado. Segundo referem também Gomes e Molina,[10] no âmbito deste estudo da delinquência juvenil nos Estados Unidos da América, Cohen conclui que o comportamento delitivo espelha um protesto contra as normas das classes médias da cultura norte-americana, conflito esse que ocasiona a inserção ou integração do jovem de classe baixa no âmbito de uma subcultura destacada da cultura oficial.

Esta percepção, transportada para outras realidades, tais como aquela verificada na fronteira entre Portugal e a província espanhola da Galícia, na época estudada por Paula Godinho, ou mesmo na tríplice fronteira como a do Brasil, Paraguai e Argentina, nos dias atuais, mostra-se como instrumento plausível na busca de elementos que auxiliem o entendimento das dinâmicas sociais características das citadas regiões fronteiriças.

Esta espécie de estruturação da ambientação criminógena, numa lógica dinamizadora e geradora de comportamentos criminais dos indivíduos, na visão de Misse,[11] pode ser entendida como uma espécie de "processo social que condensa determinadas práticas com seus agentes sob uma classificação social relativamente estável, recorrente e, enquanto tal, legítima". A este processo social Misse atribui a designação de *sujeição criminal*, associando-a à constituição de certas subjetividades, identidades e subculturas.[12] A nosso ver, o conceito se aproxima da ideia de subcultura

9. Op. cit., p. 295-296.
10. Idem.
11. Op. cit., p. 24.
12. Idem.

ABREU, Marcos Araguari de. Análise dos paradigmas de uma subcultura delinquencial na fronteira entre Portugal e Galícia a propósito de um estudo da tríplice fronteira entre Brasil, Paraguai e Argentina. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 383-399. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

delinquente de Cohen, uma vez que diferencia a mera *incriminação*, como pura e simples subsunção de um fato qualquer à normal penal (encaixe do fato dentro da norma incriminadora), dos processos de rotulação ou estigmatização especialmente ligados à construção da identidade do delinquente e de seu sistema desviante e particular de normas morais (as "leis morais" do "mundo do crime").

É dentro deste contexto teórico que prosseguiremos com a discussão, explicitando as coincidências verificadas entre o contexto histórico do "Vilarelho da Raia" e a dinâmica particular da teoria subcultural adotada como norteadora da nossa análise, com os objetivos de extrair destas reflexões as balizas teóricas para o entendimento da *lógica laboral e psicossocial* a que optamos por nominar de *subcultura delinquencial*, e de aplicá-las na busca de um entendimento criminológico mais científico e categorizado de outras realidades fronteiriças, como a da tríplice fronteira entre Brasil, Paraguai e Argentina.

Passemos, por conseguinte, à análise da realidade particular do "Vilarelho da Raia", a partir da pesquisa realizada de Paula Godinho.

3. A DINÂMICA DO CONTRABANDO NA REGIÃO FRONTEIRIÇA ENTRE PORTUGAL E GALÍCIA COMO EXPRESSÃO DE UMA *SUBCULTURA DELINQUENCIAL*

Em seu artigo Desde a idade de seis anos, fui muito contrabandista – O concelho de Chaves e a comarca de Verín, entre velhos quotidianos de fronteira e novas modalidades emblematizantes, a antropóloga e professora Paula Godinho se utiliza de depoimentos coletados diretamente com pessoas que viveram na região fronteiriça entre Portugal e a província espanhola da Galícia no período que se estende até meados dos anos 1950, quando a atividade do contrabando entre as duas localidades era bastante intensa. Segundo Godinho,[13] e conforme já procuramos destacar na introdução do presente trabalho, como "complemento económico que desempenhava diferentes funções e reflectia o lugar social ocupado dentro de uma estrutura local", o contrabando "serviu a alguns para escapar a miséria que pautava os quotidianos dos grupos sociais com menor acesso à propriedade". Portanto, como complemento econômico que era, estava associado de maneira "normalizada" a atividades tidas por "comuns" – neste caso, a atividade agrícola. Sua decadência, no entanto, veio a ser evidenciada pela adesão dos Estados espanhol e português à União Europeia, mas até o atingimento de seu momento de crise mostrava-se, nesta localidade, eminentemente complementar à atividade agrícola. Godinho evidencia que "qualquer pastor ou agricultor teria parentes e amigos em ambos os lados,

13. Op. cit., p. 34.

que facilitariam a circulação [de mercadorias] num território que ficaria, por séculos aquém do processo de nacionalização".[14]

Neste contexto, a utilização de meios produtivos e a gestão dos recursos familiares permitiam manter certa unidade social, e o secretismo e a dissimulação característicos da atividade de contrabando geravam uma espécie de cumplicidade e um decisivo aprofundamento das relações sociais. Noutras palavras, gerava uma dinâmica produtiva (*laboral*) particular, numa (*sub*)cultura com características (*psicossociais*) próprias.

O que se observa, de modo particular, no contexto explorado pela antropóloga é a existência de uma espécie de articulação entre os contrabandistas, com divisão de tarefas e organização baseada na própria agremiação familiar, como "forma de vida". Isso é que, realmente, vem a ser emblemático. Em interessante trecho do texto, afirma a autora que "a divisão técnica do trabalho na passagem do contrabando podia ser feita dentro do agregado doméstico, atendendo ao sexo e à idade na distribuição do volume e do peso da carga".[15] Eram contrabandeados de um lado a outro da fronteira, por portugueses e galegos, em distâncias mais ou menos longas, diversos produtos de natureza agrícola (batatas, ovos, vacas, ovelhas, carne, sabão), e foi esta atividade – tida como um contrabando em pequena escala – "que 'ajudou a governar' os núcleos domésticos da raia" (do *Vilarelho da Raia*), como "uma forma de vida", a qual "só aos olhos dos representantes dos Estados centrais pode assemelhar-se a uma fraude".[16]

Destarte, o que se detecta, à luz de uma teoria subcultural, é a já sobredita *lógica laboral* diferenciada, em que alguns membros de um determinado grupo – neste caso, os componentes dos agregados familiares então instalados, e, até, enraizados na zona fronteiriça entre Portugal e Galícia – assumem naturalmente o papel de contrabandistas, inclusive com funções definidas segundo sua condição particular.

De outro lado, a relação destes grupos com o poder oficial do Estado – a Polícia ou os "guardas-fiscais" – também se realiza dentro de uma *lógica psicossocial* particular. A cumplicidade e a condescendência eram matrizes do comportamento quotidiano dos guardas no contexto da atividade de contrabando que deveriam, em tese, combater. Tratava-se de uma relação pautada nitidamente pela ambiguidade. Os "guardas-fiscais" não eram de forma alguma estranhos ao grupo, uma vez que os próprios indivíduos originários da região fronteiriça poderiam ingressar nesta atividade, caso seu nível de escolaridade permitisse. E, aliás, esta era uma hipótese

14. Idem, p. 35.

15. Idem, p. 38.

16. Idem, ibidem.

muitíssimo plausível, até mesmo para aqueles que pretendessem adquirir um rendimento fixo e a possibilidade de, após certo período de peregrinação por outras localidades, retornar ao seu local de origem, onde, até de maneira natural, inserir-se-iam novamente no contexto (*sub*)cultural de onde eram originários.

A preocupação com as trocas de chefias das Polícias também era frequente e muito característica do contexto *subcultural* em questão, fato que se assemelha – por notório – a outras regiões fronteiriças. De certa forma, a simbiose entre os órgãos persecutórios estatais e o indivíduo cuja atividade considera-se – dentro dos padrões de legalidade oficiais – *desviante*, é um elemento bastante comum na ambientação da *subcultura delinquencial*. Neste sentido, Godinho destaca que "a tensão e o receio emergiam com a mudança de guardas e sobretudo de chefias",[17] uma vez que estas modificações na estrutura repressiva representavam, ao menos transitoriamente, uma nítida perturbação da ordem vigente. Nada obstante não ficarem claros no texto os desdobramentos e as consequências destas mudanças dentro da estrutura policial, subentende-se que a volta àquela "normalidade simbiótica", eminentemente *subcultural* e *criminógena*, perfazia-se após algum tempo.

Parece-nos, assim, que a ambientação criminal característica da fronteira entre Portugal e Galícia, no período analisado por Godinho, possui inúmeras similitudes com a realidade de outras regiões fronteiriças, inclusive a tríplice fronteira entre Brasil, Paraguai e Argentina. Neste sentido, permitimo-nos fazer, aqui, uma ilação atinente à assunção do contrabando por certos grupos sociais – constituídos, no caso do texto de Godinho, por núcleos familiares de agricultores – como um *meio de vida normalizado*. No ambiente subcultural, a efetiva percepção dos indivíduos quanto à contrariedade de suas condutas em relação à normatização oficial (os *padrões dogmáticos de legalidade* emanados do Estado) parece ser característica fundamental daquilo que vem a ser o amálgama gerador de uma *subsociedade*. Desta maneira, não eram raros na fronteira entre Portugal e Galícia, segundo Godinho,[18] os "episódios reveladores da obstinação, da astúcia e da coragem dos contrabandistas" que "ousavam afrontar o poder armado" dos guardas, situações folclóricas que, no entendimento da autora antes referida, "legitimam e celebram" estes atores sociais "como heróis", vindo a reafirmar, por outro lado, que o contrabando constituía efetivamente um *modo de viver local*.

A exaltação deste "heroísmo", de qualquer forma, parece compor uma parte da percepção psicológica e até mesmo do discurso dos contrabandistas, que acabam por considerar a si próprios como trabalhadores injustamente "perseguidos" pelas forças policiais enquanto tentam, simplesmente, executar o seu trabalho.

17. Idem, p. 37.

18. Idem, p. 48.

Sem prejuízo, outro elemento marcante nesta configuração (*sub*)social parece emergir da análise da ambiguidade característica das relações entre contrabandistas e representante do poder do Estado, através de estratégias de cumplicidade e condescendência no trato quotidiano, a ponto de os habitantes originários da fronteira, permeados pela *lógica psicossocial* reinante, poderem até mesmo integrar em certo momento de suas vidas os corpos policiais que têm a função de combater as atividades de contrabando.

A cumplicidade e a tolerância entre delinquentes e policiais, apesar dos episódios de embate e enfrentamento, parece ser expressão clara da *dinâmica subcultural* reinante, como parte de uma espécie de *cimento sociocultural*, chave destinada a abrir as portas para a ambiguidade de relações sociais tão contraditórias.

Mais uma vez valendo-nos de Cohen[19] – particularmente o início do primeiro capítulo de sua obra, cujo texto transcrevemos anteriormente –, na medida em que uma simples "Sra. Jones" percebe que o seu garoto "Johnny" veio a ser influenciado negativamente pela maneira de pensar e agir dos membros de uma gangue com os quais passou a conviver, exsurge a percepção de algo absolutamente intuitivo dentro da lógica da constituição de ambientes subculturais, um elemento imaterial que permeia o próprio conceito de *subcultura delinquencial*, consistente naquele *cimento sociocultural* responsável pelo ajuntamento e fixação dos indivíduos dentro do grupo. Assim, com mais razão, um observador externo da fronteira entre Portugal e Galícia poderia captar a influência que a ambientação e os processos de aculturamento locais exerciam sobre os seus moradores, ainda mais quando se percebe que esses faziam parte de núcleos sociais com elevado grau de coesão – famílias de agricultores –, permeados por um sentimento de pertencimento à terra, ao espaço físico de onde são oriundos.

Talvez seja esse – o sentimento de pertencimento à terra – um elemento particularmente ligado ao processo de construção das subculturas, uma vez que cada *subsociedade* parece necessitar de delimitações espaciais que permitam aos seus indivíduos exercitar o sentimento de apropriação do mundo físico, do espaço em que funcionam as *lógicas laborais* e onde a interatividade *psicossocial* efetivamente ganha sentido. Os atores sociais somente *o são* – plenamente – se estiverem ligados à terra, à *sua* terra. Para Godinho, embora não explicitamente, parece-nos que este questionamento também se evidenciou quando, no final de seu texto, trata do arrefecimento da rigidez das fronteiras entre Portugal e a província da Galícia, na Espanha, fenômeno esse do qual o ingresso destes países limítrofes na União Europeia constitui o ápice.

19. Op. cit., p. 11.

Deste modo, Godinho explicita que:

"Estes quotidianos do 'velho contrabando' remetem para um tempo eternizado, contínuo e abrangente de todo um passado que parece ter sido interrompido definitivamente com a abertura das fronteiras, *muito lamentada neste contexto*. Como se viu, os habitantes raianos não haviam precisado dessa eliminação dos postos para a cruzarem, mas o seu encerramento indubitavelmente acarretou uma reconversão de modos de vida"[20] (destaques não constantes do original).

As alterações no espaço físico, embora acarretadas por uma ficção jurídica estatal consistente no abrandamento do controle fronteiriço, em vista de diretrizes políticas e comerciais emanadas dos centros decisórios do poder, acabam por interferir no processo de embotamento dos sentimentos de pertencimento à terra, e, no presente caso, de ligação ao espaço físico da fronteira, desarticulando-se paulatinamente os núcleos sociais agrícolas – ligados diretamente ao contrabando –, que até aquele momento existiam. Sombras quase totalmente apagadas desta sociedade, antes pujante na sua simplicidade e cuja morte – parafraseando Godinho – é "lamentada", ainda podem sobreviver na memória, mas a cultura que lhe era inerente acaba inexoravelmente por perder o sentido.

4. REFLEXÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título mais de reflexão do que de conclusão, num estudo que busca as matrizes generalizadoras de uma *subcultura delinquencial*, mostra-se prudente e conveniente extrair das discussões trazidas à baila, em primeiro plano, a coincidência das configurações socioculturais e psicológicas entre diferentes zonas de fronteira, para, numa segunda dimensão, buscar-se uma sistematização teórica – ainda que não definitiva neste momento –, a qual venha facilitar a compreensão das dinâmicas fronteiriças sob o ponto de vista particular da ciência criminológica. E neste ponto, em particular, a investigação levada a cabo por Paula Godinho é de extrema valia para a percepção da lógica particular do contrabando e, principalmente, dos componentes psicológicos do pensamento do contrabandista, figura primordial neste contexto.

Godinho[21] afirma que a contradição inerente à fronteira de Portugal com a província espanhola da Galícia reside no fato de que a dissimulação antes necessária à perpetração do contrabando deu lugar ao "ecoturismo" e ao "turismo alternativo", na chamada "Ruta do Contrabando", onde, segundo a mesma autora,[22] são curio-

20. Op. cit., p. 48-49.

21. Idem, p. 29.

22. Idem, p. 50.

samente exibidas "aos forasteiros as veredas que outrora exigiam o secretismo e o exclusivo reconhecimento por parte dos contrabandistas enquanto foram utilizadas". É o "paradoxo da visibilidade actual",[23] por meio de rotas turísticas, daquilo que antes era sistematicamente ocultado.

Este paradoxo possivelmente contribui para o entendimento de certos aspectos daquilo que vem a constituir, em verdade, o núcleo duro do que denominamos *subcultura delinquencial*, dentro das matrizes da teoria da subcultura delinquente de Cohen: as engrenagens subculturais são movimentas pela força motriz que é gerada pela simples e instintiva necessidade de viver, ou, mais propriamente, de sobreviver. Destarte, sem a existência desta *necessidade* – o simples fato de os sujeitos *procurarem se manter vivos* –, no sentido de que certos atores sociais se vejam obrigados a construir estratégias de sobrevivência, mesmo que à base de atitudes *desviantes* dos padrões de legalidade, não há lugar para a construção de uma lógica subcultural.

E aqui reside outro paradoxo, pois mesmo dentro de uma *subcultura delinquencial* parece existir a necessidade do trabalho, de um labor digno e dignificante, como se lícito fosse, embora a sua essência *desviante*, por óbvio, afronte os padrões dogmáticos de legalidade estatais. As subculturas, assim, necessariamente se apropriam de elementos e conceitos que, em princípio, ser-lhe-iam estranhos, e os quais muitas vezes podem até constituir-se de "peças" da engrenagem da própria "máquina estatal", e mesmo da sociedade "normal" ou "normalizada", ou, mais propriamente, "normatizada" pelo Estado.

Parece-nos, ainda, que o ponto nevrálgico e de maior significação simbólica para a pesquisa que ora perpetramos, no que tange à similitude da realidade estudada por Godinho na zona fronteiriça entre Portugal e Galícia e a realidade sociocultural da tríplice fronteira entre Brasil, Paraguai e Argentina, revela-se quase que indiciariamente no texto sobre o "Vilarelho da Raia",[24] razão pela qual julgamos pertinente transcrever o trecho de interesse:

"O comércio feito através da linha da fronteira permite fazer circular produtos e, com eles, aprofundar relações de confiança, entrelaçando-as de forma múltipla, numa modalidade que não é só de tráfico de bens, mas que se insere num *tecido mais vasto de inter-relações*. Devido ao seu secretismo, *gera cumplicidade e aprofunda ligações, integrando-se num idioma das relações sociais dos povos raianos*" (destaques não constantes do original).

23. Idem, p. 30.

24. Idem, p. 45.

E é esse "tecido mais vasto de inter-relações" mencionado por Godinho, e que optamos aqui por denominar de *cimento social*, no qual se concentra essencialmente a ideia de *subcultura delinquencial* da forma como a propomos. Embora Godinho não trabalhe com o conceito de subcultura, sua percepção quanto à cumplicidade e ao aprofundamento das relações sociais, aliada à sensação de pertencimento à terra, parece contribuir para o estudo da lógica psicossocial cuja investigação, *mutatis mutandis*, também se perfaz noutras zonas fronteiriças, como a tríplice fronteira na cidade de Foz do Iguaçu, entre Brasil, Paraguai e Argentina.

O entendimento da construção deste denso "tecido" de relações de cumplicidade, "costurado" com elementos de secretismo típicos da atividade de contrabando no ambiente característico das zonas fronteiriças, vem a ser fundamental para a noção de *subcultura*, aplicando-se de forma generalizadora a realidades sociais diversas, de modo a espraiar-se com resultados muito semelhantes aos da teoria da subcultura delinquente de Cohen, a qual, como já detectamos, acabou por transbordar seu campo de pesquisa original.

A percepção do estudioso sobe as estratégias e modos de vida – ou mais propriamente de *sobrevivência* – nas zonas de fronteira parece facilitada por um estudo sistematizado das matrizes (*sub*)culturais características da configuração peculiar de cada um destes territórios. Por via de consequência, esta percepção vem a ser decisiva, também, na análise das dinâmicas particulares da tríplice fronteira na cidade de Foz do Iguaçu, no Paraná, onde, à semelhança de outras áreas fronteiriças, o contrabando parece ter gerado uma ambientação criminógena "institucionalizada", dinamizadora das relações sociais e impositiva de regras de conduta (*assujeitamento*), num contexto muito próximo ao da *sujeição criminal* de Misse.[25]

Da mesma forma que inexoravelmente ocorre hoje em Foz do Iguaçu e em outras zonas fronteiriças correlatas, na fronteira entre Portugal e Galícia as pessoas nasciam, provavelmente se casavam, formavam suas famílias, tinham filhos e os amavam, trabalhavam, divertiam-se e, por fim, morriam. Como em outra sociedade qualquer, lutavam incessantemente para sobreviver e traçavam estratégias diuturnas para isso, das quais o contrabando, associado à atividade agrícola, era parte integrante – o seu *meio de sobrevivência*, mais até do que seu *modo de viver*. Em moldes semelhantes, é possível – e até provável – que os habitantes de outras fronteiras associem diuturnamente o ilícito ao legalmente aceito, num jogo de moralidades composto mais por ambiguidades do que por contradições.

25. Op. cit.

Neste sentido é que a contraposição do *bilontra* frente ao *bestializado* – bem explorada por José Murillo de Carvalho[26] –, do "malandro" perante o "marginalizado" ou "digno de pena", aparece frequentemente na assunção voluntária pelos atores sociais de certa condição de *dupla personalidade* muito caraterística da ambientação subcultural. O heroísmo que emerge perante a incessante "perseguição" perpetrada pelos órgãos oficiais de repressão e controle, aliado à ambiguidade dos episódios de simbiose dos quais tomam parte também os agentes corruptos dos poderes estatais, acaba por catalisar o processo de endurecimento daquele *cimento social* a que antes fizemos menção, transformando a fronteira em território do improvável, em reino do imprevisível.

Na visão de Misse,[27] este indivíduo contrabandista (ou, como salienta este autor, o "bandido") ao qual atribuímos as condições aparentemente contraditórias de malandragem e alienação, e "que emerge da experiência de subordinação", muito dificilmente "é pensado como sujeito que subordina e subjuga", ou seja, que é capaz de produzir outros "assujeitamentos". No entanto, dentro deste processo de *sujeição criminal*, o sujeito sofre rotulações, mas também impõe estigmatizações, razão pela qual seus processos de aculturamento e de construção de suas inter-relações – enfim, sua *subcultura* – incorporam, quase que mediunicamente, os papéis sociais do *bilontra* e do *bestializado*, num fenômeno muito peculiar, camaleônico.

Cohen ponderava que "as crianças *aprendem* a se tornar delinquentes, tornando-se membros de grupos em que a conduta criminal já está estabelecida, e é 'a coisa a se fazer'"[28] (destaque do original). De fato. Mas, para além de aprender, também disseminam as condutas aprendidas. Produzem-se e reproduzem-se dentro do seu próprio *assujeitamento*.

Talvez por isso é que no "Vilarelho da Raia", assim como hodiernamente em Foz do Iguaçu, parece-nos que "a coisa a se fazer" era, e neste último caso *ainda é*, o contrabando.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Marcos Araguari. Tríplice fronteira: blindada ou bestializada? Proposta de análise de uma subcultura delinquencial em Foz do Iguaçu. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*. p. 16-18. São Paulo, jan. 2014.

CARVALHO, José Murillo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

26. Op. cit.

27. Op. cit., p. 16.

28. Op. cit., p. 11.

COHEN, Albert Kircidel. *Delinquent boys: the culture of the gang*. Londres: Routledge & Kegan Paul [1955]. Disponível em: [http://movimentosjuvenisbrasileiros.blogspot.com.br/2009/08/livro-delinquent-boys-culture-of-gang.html]. Acesso em: 03.05.2014.

GODINHO, Paula. Desde a idade de seis anos, fui muito contrabandista – O concelho de Chaves e a comarca de Verín, entre velhos cotidianos e novas modalidades emblematizantes. In: FREIRE, Dulce; ROVISCO, Eduarda; FONSECA, Inês (coord.). *Contrabando na fronteira luso-espanhola: práticas, memórias e patrimônios*. Lisboa: Nelson de Matos, 2009. p. 29-56.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 7. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido". *Lua Nova*. n. 79. p. 15-38. São Paulo, 2010. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/ln/n79/a03n79.pdf]. Acesso em: 03.05.2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Contrabando e descaminho na Zona Franca de Manaus, de Eustáquio Nunes Silveira – *RT* 718/342-346 (DTR\1995\370);
- Homicídios de adolescentes nas cidades da faixa de fronteira do Brasil: reflexões em torno da questão da vulnerabilidade, de Fernando Salla e Paulo Malvasi – *RBCCrim* 104/261-277 (DTR\2013\9094); e
- Princípio da insignificância e sua aplicabilidade no delito de contrabando e descaminho, de Julio Dalton Ribeiro – *RBCCrim* 73/48-82, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/99-128 (DTR\2008\366).

Ambiguidades da moral civilizatória no Brasil durante o século XIX: política criminal, educação e masculinidade no Nordeste

Ambiguities of the Civilizing Moral in the Nineteenth Century Brazil: Criminal Policy, Education and Masculinity in Nordeste

José Ernesto Pimentel Filho

Professor permantente vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB.
Professor Associado do Departamento de História na mesma instituição.
jpima2001@yahoo.fr

Área do Direito: Penal

Resumo: Este trabalho descreve a relação entre educação e políticas criminais durante o século XIX no Brasil. Por meio da análise de ocorrências criminais em paralelo com o estudo da evolução da política educacional em instituições da Província do Ceará no Nordeste durante os oitocentos, observamos como o Império brasileiro criou uma ação regional diferenciada voltada para o controle dos sertanejos em áreas interiores do Brasil desde 1845 até o fim do período monárquico, como foi o caso cearense. Escolas e ações persecutórias a criminosos emergiram no contexto da estabilidade imperial e das trocas econômicas com países ocidentais, a exemplo da Inglaterra e da França. Chefes de Polícia e presidentes de Província no Ceará desenvolveram argumentos de que o povo sertanejo cometia crimes por conta da ausência de formação moral. Assim, proclamavam a importância da missão civilizatória fosse da escola, fosse da Igreja Católica, ou da família. Compreender esta mentalidade sobre a má educação voltada para uma discriminação dos setores mais pobres e iletrados reforça o padrão de exclusão social vigente então. Este estudo aplica uma hermenêutica histórica que desvela as ambiguidades de tal discurso ocidental por excelência com base em estudo publicado por Alain Corbin, mas igualmente lembra com base no estudo de Barbara Weinstein como o Nordeste posteriormente representará o

Abstract: This work describes the relationship between education and criminal policies in the nineteenth century Brazil. Through an analysis of criminal facts and the policy on education managed by institutions in the Province of Ceará, Northeast-Brazil, during the nineteenth century, we observe how the Brazilian Empire differentiated its policy in terms of control of the *sertanejos* from 1845 until the end of the regime. Both schools and criminal institutions of the Empire emerged during the period of its stability, when economic connections between Brazil and western countries, especially England and France, most flourished. Police chiefs and presidents of the Province of Ceará exposed arguments that people were committing crimes because they had no moral background, so they proclaimed the need of building schools that contributes to raising the moral education – which meant more schools to help the Catholic Church and the Family. Understanding that the western mentality raised statements on bad education for discriminating vulnerable people in a way it reinforces stereotypes of social and educational exclusion that time, this work applies a historic hermeneutic to unveil the ambiguities of such a discourse. The methodological approach is based upon a key interpretation proposed by Alain Corbin. We yet mention the historical considerations

Pimentel Filho, José Ernesto. Ambiguidades da moral civilizatória no Brasil durante o século XIX: política criminal, educação e masculinidade no Nordeste. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 116. ano 23. p. 403-425. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

Oriente interno ao Brasil, expondo suas considerações sobre o orientalismo num só país.

elaborated by Barbara Weinstein on the Orient in one country, i.e., within Brazil, as later exposed by *paulistas* in racial depictions about *nordestinos*.

PALAVRAS-CHAVE: Vulnerabilidade - Ceará - Direitos humanos - Sertanejos - Segundo Império.

KEYWORDS: Vulnerability - Ceará - Human rights - Sertanejos - Brazilian Empire.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Fronteiras de uma terra não civilizada - 3. A educação forçada e a aceitação natural da ignorância - 4. Entre a Europa e o Brasil: interpretação analógica da ocidentalidade - 5. História, preconceito contra a origem e direitos - 6. Considerações para novos desenvolvimentos - 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo[1] enfoca o enfrentamento dos casos de violência na província imperial do Ceará entre meados do século XIX e os fins do Segundo Reinado imperial. Visa compreender como a circulação de ideias, instituições e dispositivos de poder advindos de valores ocidentais atuaram na composição genealógica da imagem de ferocidade do sertanejo no Nordeste do Brasil. Os campos de produção discursiva abordados são a etiologia criminal e a educação moral do povo. A premissa da qual se parte é de que a inspiração das ideias europeias associou-se aos valores monárquicos da tradição política luso-brasileira para construir tanto uma política educacional excludente quanto um sistema penal que pudesse aproximar o Estado nascente dos valores das nações ocidentais. Isto deslanchou um processo de construção de estereótipos negativos em relação aos interiores, mais precisamente, contra os homens "das matas" e os sertões do Brasil numa recepção particular da oposição campo/cidade.

De forma dúbia, o processo de valorização das luzes da educação moral conduzida pelo Estado imperial gerou uma política criminal ilustrada em pleno século XIX. A valorização da excelência escolar e dos projetos morais de instrução pública, na verdade criavam um sistema escolar restritivo, acompanhado numa outra dimensão administrativa de uma política de criminalização dos pobres do meio rural. Esses foram vistos como ferozes e sem cultura. Esta atribuição de

1. Este artigo reflete os resultados de uma pesquisa de pós-doutorado desenvolvida com o financiamento da Capes, BEX-9503/11-0, a partir permanência de um ano nos Estados Unidos da América, na New York University, Department of History, New York City-NY, sob supervisão de Barbara Weinstein. Meus agradecimentos a Martha S. Santos que leu os originais deste texto e me sugeriu maior ênfase na presença da masculinidade nas evidências históricas consultadas.

ferocidade foi aceita como natural para que pudesse existir a "boa sociedade" urbana.

2. FRONTEIRAS DE UMA TERRA NÃO CIVILIZADA

O primeiro estudo da violência incontida dos sertões cearenses foi escrito por Tristão de Alencar Araripe, em meados do século XIX, na sua história da província, que ele confeccionou com maestria. Em capítulo específico, Araripe fez um balanço de civilização da terra natal, entendido este balanço à moda ilustrada como avaliação do estado material e moral da capitania do Ceará: vida material, administração, coleta de impostos, ilustração popular e violência coletiva. Referia-se então a certo "sistema mental" praticado pelas populações masculinas do sertão que faziam a justiça ser simplesmente impotente: "Ao roubo e ao furto eles ligavam ideias de infâmia; mas ao crime de homicídio por desafronta a injúrias verdadeiras ou supostas nenhum escrúpulo se juntava, antes havia certa ufania nesse procedimento" (ARARIPE, 1867: 126). Contava, em 1708, no Aquiraz, cerca de 214 pessoas delinquentes, que estavam soltas sem punição; calculava pelos registros oficiais mais de mil criminosos no Icó, entre 1735 e 1795. Araripe corroborava numa visão sobre o sertão que será, posteriormente, exposta pelo historiador cearense Capistrano de Abreu: "Ladrão era e ainda é hoje o mais afrontoso dos epítetos: a vida humana não inspirava o mesmo acatamento" (citado por RODRIGUES, 1959: 15).

Um dos presidentes do Ceará lembra à Assembleia, em 1854, o fato de que a Província estava sendo alvo de comentários e notícias – provavelmente de jornais de outras províncias – que a incluíam num cenário marcado por homicídios e violências. Ele admitiu, diante da realidade que acompanhava, que a má fama da Província, embora exagerada, tinha certa razão de ser: "Não se passa mês, em que não venha pungir o coração o conhecimento de alguma morte violenta, às vezes acompanhada de circunstâncias atrozes e que só a ferocidade de bárbaros se poderia recear" (CEARÁ-RPP, 1854: 01/set.).

Menos munidos de precauções políticas são os manuscritos que constam no livro de registro dos relatórios da Secretaria de Polícia da Província, de onde o presidente retirava suas informações. Em 10.06.1860, o chefe de Polícia lançou a seguinte anotação a ser enviada ao Ministério da Justiça: "Este quadro não é lisonjeiro, poucas são as províncias, em que a cifra dos homicídios tanto avulta" (CEARÁ, 1858: f. 9v). De fato, as estatísticas imperiais assinalam para o Ceará o mais alto número de homicídios e agressões físicas dentre as províncias do Império.

E ainda o romance de Manoel de Oliveira Paiva, *Dona Guidinha do Poço*, escrito por volta de inícios dos anos de 1890, traz como motivo da fundação da cidade de Cajazeiras, no século XVIII, a reunião de delinquentes e vadios dispersos pelas matas e caatingas do interior. Fora esta versão inspirada na criação da vila do Qui-

xeramobim, situada em pleno sertão central do Ceará. Secundino – personagem do romance – exclama, então: "Homem! a coisa no outro tempo era mesmo um terror" (PAIVA, 1995: 41). Dona Anginha completa: "– Ainda hoje há tantos que vivem debaixo do cangaço! Dos Cariris, dos Inhamuns, de Pajeú de Flores, e até por aqui mesmo" (PAIVA, 1995: 41).

A violência constituíra uma realidade prática vivida por diversas comunidades, fazendas e localidades cearenses. O discurso da elite provincial oitocentista estava escudado num referencial ocidental que contribuiu na produção de estereótipos e preconceitos sobre a população, sendo uma construção social representativa das tensões vividas dentro e fora da Capital.

Nos relatórios de presidente de província, fica nítida uma progressão no registro de agressões físicas no Ceará ao longo dos anos, assim como, uma progressão do registro dos homicídios. Também parece haver uma progressão perceptível na soma total dos registros de delitos após 1850. Não é possível afirmar em que medida estes dados significam, de fato, um aumento da violência. É certo que o crescimento embrionário do Estado, no tocante ao controle dos delitos costumeiros, atuou de forma determinante para que o problema viesse à tona.

Tudo indica que a violência no século XIX era muito menos ofensiva e presente nas comunidades rurais do que se proclamava nos salões cultos, tendo em vista a existência das representações inequivocamente estereotipadas que eram produzidas pela elite culta da nascente capital. A criminalidade era, todavia, bastante mais extensa do que os dados controlados pela Secretaria de Polícia considerando-se o estado embrionário da estatística criminal naquele momento. Os casos registrados oficialmente deviam estar muito aquém das ocorrências reais.

Há que se considerar que os costumes violentos principiavam a serem mensurados e era natural que o procedimento de contar crimes implicasse numa estatística ano a ano mais elevada. Como o Estado imperial estava, a rigor, em processo de produção do seu sistema de polícia e justiça sob condições instáveis e muito heterogêneas, há poucas asserções seguras. Preventivamente, deve-se alertar para qualquer tentativa anacrônica de tentar ler as informações da época enquanto índices de violência, quando tais operações de controle social ainda não haviam sido assimiladas no universo das representações sociais de época. É certo que o mundo do sertão começava a ter visibilidade e publicidade, saindo das beiradas de rio, "latadas", "croas" e cercados, ensombrado que estava por uma vida costumeira entre juazeiros, oiticicas, mufumbos, velames, chique-chiques e mandacarus.

Por volta de 1860, as agressões físicas vinham em mais elevado número. Os homicídios constituíam a segunda preocupação, entre os delitos cometidos na Província. Depois destes dois elevados índices, vinham as retiradas de presos, os usos de armas e as tentativas de homicídio.

A relação entre o roubo e a economia pecuária da Província não fugiu ao olhar do executivo provincial. Os comentários dos presidentes eram recorrentes. No ano de 1856, a Assembleia fez pressão no sentido de se tomar medidas enérgicas contra tal tipo de infração delituosa que, certamente, prejudicava os negócios de muitos criadores e comerciantes. O presidente Cruz Guimarães declarou, entretanto, que o roubo de gado era "acidental na Província" e que não cabiam providências mais enérgicas, posto que a legislação em vigor já seria suficiente. (CEARÁ-RPP, 1857: 01/jul.). A administração provincial registrava nos anos 1850 uma diminuição nas ocorrências de roubos e furtos. Esses vinham tendo, cada um em separado, índices criminais iguais aos casos de estupro ou de calúnias e injúrias.

A opinião acima não prevaleceu e três anos mais tarde, já no governo de Antonio Marcellino Nunes Gonçalves, o assunto era tratado de forma inteiramente oposta: "É singular que nenhum só crime de furto apareça registrado na estatística do último ano, quando incontestavelmente são eles os que se cometem em maior escala, originando-se d'ahi repetidas contendas que provam e dão em último resultado delitos muito mais graves!" (CEARÁ-RPP, 1860: 01/jul.). Na mesma fala, esclarece como "os prejudicados fogem das questões judiciais sempre dispendiosas e difíceis de prova, o que por mais de uma vez tem servido de motivo para que no próprio seio da representação nacional se tenha feito sentir a necessidade de sujeitar esta espécie de crime ao procedimento oficial da justiça". (CEARÁ-RPP, 1860: 01/jul.).

Vemos que os furtos e roubos contaram menos de uma dezena de registros nos anos de 1856, 1860 e 1861. Desta forma, os roubos e furtos permaneciam fora do controle oficial e sujeitos à vingança privada, que usava provavelmente como punição o chicote, a bala e a faca.

Os chamados "crimes cometidos" vinham se aproximando ao número de "crimes julgados" tendo em vista a aceleração da justiça. Em números absolutos, exemplos tomados dos anos de 1861, 1862, 1864 e 1865 postos apontam um somatório de 471 ferimentos e agressões. Foram julgados 408 homicídios ao que se deve acrescer 20 tentativas de homicídio. Os furtos e roubos totalizaram 85, as armas proibidas 44, os estupros 33, fugas e tiradas de presos 32, as resistências 25. Os números aumentavam a cada ano durante a década de 50 do século XIX. No ano de 1858, ocorreram 281 processos, envolvendo 378 acusados de 387 crimes. Isso porque um processo podia envolver mais de um acusado e cada acusado poderia recair em mais de um tipo de delito, conforme o enquadramento legal alegado pelo promotor. Destes atos criminais, um total de 382 foram submetidos a júri, ou seja, a esmagadora maioria. Os julgamentos de 136 delitos pertenciam a ocorrências que tinham sido cometidas no próprio ano de 1858. O restante (246 ocorrências criminais) era resultado da agilidade da Justiça que naquele ano julgou crimes que tinham ocorrido até 20 anos antes.

3. A EDUCAÇÃO FORÇADA E A ACEITAÇÃO NATURAL DA IGNORÂNCIA

Paralelo a toda esta circunstância acima descrita é importante avaliar a tão apregoada política civilizatória das elites imperiais. Elas a praticavam em nome do Imperador. A política civilizatória baseava-se na assimilação de regras jurídicas, instituições e dispositivos de poder produzidos nas nações da Europa e nos Estados Unidos. Vejamos o caso da educação estatal, chamada à época de "instrução pública".

O processo de ocidentalização do Brasil durante o Império tem conotações culturais próprias num país em que as outras culturas, especialmente a indígena e a africana, apresentavam formas de sobrevivência e resistência variadas. Por outro lado, o padrão de insubordinação violenta, sobretudo no universo masculino, parecia ter assimilado valores de honra e reação física direta muito semelhante ao apregoado nas tradições guerreiras mais antigas da Europa, de tal forma que as camadas mestiças, caboclas, pardas e brancas ousavam lutar por seus valores, num enfrentamento constante entre a modernidade europeia proposta pela monarquia e suas formas costumeiras de vencer a luta diária da vida.

A instrução primária entre os dirigentes do Império está profundamente ligada ao combate à criminalidade e a todo tipo de comportamento julgado perigoso à ordem social. A direção da Instrução Pública cearense procurava argumentar junto à Assembleia Provincial sobre os resultados práticos dos investimentos no ensino, particularmente o nível primário, já que esse possuía, na mentalidade daquela época, uma conotação bem específica em comparação com o secundário (ou seja, o estudo das humanidades). O objetivo era essencialmente pragmático para os presidentes que representavam o Imperador. Acreditava-se que a ordem e as leis estariam mais garantidas se a propagação popular da instrução primária estivesse em curso. Entretanto, tal educação primária estava eivada de uma missão moral e doutrinária constituindo um suplemento da missão doutrinária da religião. De um lado, o discurso público está em defesa da educação, de outro, parece tacitamente aceitável que as bases do convívio social estejam fundadas uma relação desigual entre a gente que sabe e a *plebe ignara*. Há, portanto, algo de profundamente ambíguo na pregação em favor da civilização e da educação escolar e religiosa, o que será abordado mais adiante neste artigo.

As instituições brasileiras de formação e qualificação profissional da elite letrada eram inacessíveis para a maioria dos habitantes da Província do Ceará. Entretanto, entre as instituições formadoras mais conhecidas do século XIX, os cearenses ressentiam mais claramente das relativas à qualificação de professores. Médicos, advogados, clérigos e oficiais poderiam ser formados em outras províncias brasileiras, pois eram profissões consideradas "naturais" das classes abastadas, mas "cousa nenhuma instituímos para criar bons mestres-escolas" (CEARÁ-RPP, 1868, 01/nov.) –

escreve o presidente Diogo Velho Cavalcante de Albuquerque em 1868. Ele lamenta a inexistência da formação básica para um profissional pobre, desvalorizado; que necessariamente deveria obter sua habilitação no território local.

Não somente havia um vácuo gritante na ausência de uma escola formadora de professores, mas a população de alunos no ensino primário era irrisória. Adicionando-se dados da instrução pública e particular mais ainda a estimativa de mil alunos para a defasagem de registro desta última, não se chega a seis mil e novecentos alunos cursando a instrução primária em toda a Província, em 1857. Não há dados para a educação primária privada nos anos seguintes, mas em 1866 se estimou cerca de cinco mil alunos para o ensino primário público. Uma quantidade um pouco superior a esta devia compor o total de alunos no ensino primário particular, segundo estimativas de época.

O censo de 1872 fornece algumas indicações úteis. Conforme este censo havia no Ceará 689.773 habitantes livres para um total de 426 professores. Havia na província do Ceará 6,2 professores para cada dez mil habitantes livres. Encontravam-se proporções menores como no Rio Grande do Norte, onde se viam 4,7 professores por dez mil habitantes. As relações professor/habitante livre para São Paulo e Bahia eram respectivamente de 12,8 e 6,4 professores por dez mil habitantes. Para a vizinha Pernambuco, se encontravam 7 por dez mil. A "excelência" à época era dada pela Corte com 23,8 professores para cada dez mil almas livres, dizia-se. Não se deve esquecer a população de escravos e de indígenas aldeados que, no Ceará, compunham respectivamente os totais de 31.913 e 52.837. Logo, a taxa de professores por habitantes era um dado nulo pela absurda desproporção.

Só pouquíssimos brasileiros conviviam com uma realidade cotidiana na qual tomavam contato com uma escola, um professor e alguns signos letrados elementares indispensáveis a uma escrita e às contas do dia-a-dia, além de aulas de instrução moral e religiosa. A mais completa distância do que se passava no ensino formal era uma regra para a esmagadora maioria.

Um dos militares-presidentes que promulgou a criação do Liceu cearense, o Brigadeiro José Maria Bittencourt, era fluminense. Ele não acreditava na capacidade do Ceará investir na educação popular senão a longo prazo. Seus esforços pela educação passavam por fazer com que se criassem lideranças no Rio de Janeiro que viessem a difundir as inovações pedagógicas na Província. A escola normal do Rio existia desde 1835 e, de fato, foi representante do modelo lancasteriano em território nacional. Desta forma, José de Barcelos viajou para a Corte, para a Bahia e para a Europa, como emissário da Província, em busca de novos métodos e com o compromisso de ser um fomento a novas experiências na escola de mestres e, depois, na Escola Normal. Homens como aqueles se conscientizavam cada vez mais dos sintomas de um atraso praticamente invencível.

Alguns poucos filantropos, como o Pe. Pompeu, puseram as mãos e a mente a serviço de um esforço sistemático para modificar uma realidade marcada pela pobreza, a desqualificação e o colonialismo: na estrutura, no arcaísmo dos métodos e na mentalidade.

As heranças do século XVIII deixavam ainda marcas indeléveis nos corpos e nas mentes como atesta este depoimento de um renomado polígrafo cearense do século XIX: "Os pais de família corrigiam seus filhos seviciando-os a chicote; os mestres faziam outro tanto por delegação deles e consenso universal. A escola inspirava horror aos rapazes e não era debalde". Dentre os castigos aplicados, figurava o "montar a cavalo" que implica num pupilo mais aplicado montar "às costas de um rapaz, posto de quatro pés, ligavam o paciente e lhe flagelavam as nádegas com chicote (João Brígido apud GIRÃO, 1971: 215).

A palmatória se fazia ativa. Na escola de primeiras letras, podia-se usá-la até quatro vezes ao dia sobre as mãos de um único aluno. No dia dos "argumentos" de contas matemáticas – a chamada "taboada" – a vítima do erro recebia a punição palmatória do seu colega. As tardes de quarta-feira eram dedicadas à Doutrina cristã; "as dos sábados, na argumentação de taboada e aritmética" (SOUSA, 1955: 76). Além da Assembleia Provincial, as Câmaras dos municípios empreendiam a aprovação de legislações para coibir e punir os pais que não enviavam seus filhos para a escola, o que parece ter se tornado, entretanto, norma sem efeito. O acesso à escola obrigatória estava eivado de um sentimento ambíguo coletado entre os sentimentos mais autocráticos do Ocidente: longe de se ver o acesso como possibilidade, via-se a exclusão como pressuposto de uma ignorância intimamente desejada. A marca do senhor é o poder de conceder saber a quem são os seus. Por mais que se proclamasse uma necessidade de educação popular, o que realmente importava era a manutenção de servidores sem qualificação alguma. A escola para o povo era um terror, derramado pelo poder público sobre as cabeças e os corpos populares.

O aspecto punitivo da escola, mesmo em fins dos oitocentos, não parecia ter se modificado substancialmente. A punição era ainda rigorosa. Parece que os pais que eram usuários do sistema particular de ensino estavam mais atraídos pela ideia de uma escola em que a punição fosse sistemática, coercitiva, "moderna" em substituição à escola da tortura física do século XVIII. No Ginásio Cearense, eram tidos por castigos não físicos uma série de imposições como: permanência em pé ou de joelhos durante determinado tempo; privações diversas (inclusive a privação de uma refeição), e dois tipos de prisão, uma simples e outra com tarefas escolares. Como diferença substancial, apenas se nota a intenção de abolir a palmatória, mas a violência continuava vigente.

A Escola mútua europeia, ou sistema de Lancaster, era o modelo de educação indicado pelo poder central imperial e adotado oficialmente pela Província do Ce-

ará nos oitocentos. A formação do professor nascia do prático *instrutor* que, após ter recebido do mestre a lição, repassava os conteúdos aos demais colegas, subdivididos em grupos ou "seções". O mestre garantia a ordem e a vigilância da sala de aula, preparava os cursos e devia estar atento à qualidade do trabalho do monitor.

O sistema deveria funcionar ainda com base na vigilância do inspetor sobre o professor.[2] A desconfiança do presidente da Província sobre o professor era patente nas funções que atribuía ao inspetor. Construía-se uma vigilância agressiva e desonrosa, marcada por uma sociedade fundada na autoridade masculina superior e não na partilha de responsabilidades que caracteriza o modelo democrático. Na prática, o inspetor sofria dos mesmos males do professor: as exíguas remunerações e a desvalorização por parte da *boa sociedade* faziam dele e do lente as menores e menos valorizadas personagens de um *nordestinado* mundo que almejava em métodos tortos a civilidade e a cultura universalizantes. A filantropia dos poderosos e sábios liberais da Província parecia ser recompensadora e conforme a mentalidade senhorial.

O ensino primário parecia estar lentamente se expandindo após os anos 1940 e a estruturação disciplinar da escola só veio a ser promovida e controlada com a centralização imposta pelo Liceu cearense. O Liceu teve a lei de sua criação sancionada por José Maria Silva Bittencourt, que relutou em instalá-lo; alegava que não era da competência provincial. A criação efetiva deveu-se à ação de Ignácio Correia de Vasconcelos que convidou o mal-sucedido candidato liberal às eleições gerais, o Pe. Tomas Pompeu de Sousa Brasil, para ocupar aquele que será o cargo maior da instrução pública provincial.

O diretor do Liceu passou a ser o diretor da Instrução pública em toda Província. "Toda a instrução da Provincia, primária e secundária, fica subordinada à inspeção do Diretor do Liceu. O que estava esparso reúne-se, disciplina-se" (SOUSA, 1955: 81). O ensino secundário fornecia, desde então, uma orientação mais estratégica para todo o território cearense. Não importava mais difundir escolas ao acaso; era necessário cuidar da formação de uma elite de homens que seguiriam seus estudos em Pernambuco, na Bahia ou em São Paulo. Assim, a exiguidade de recursos era compensada pelo controle da excelência do ensino numa única instituição:

2. O mesmo sistema se desenvolveu contemporaneamente na Província do Rio: "Em meados do século, acompanhando de perto a experiência francesa, o Presidente Luís Pedreira do Couto Ferraz, ao mesmo tempo que reformou a fundo a organização do sistema de ensino primário da província (...) reorganizou também o sistema de inspeção, atribuindo tarefas específicas ao inspetor-geral, aos inspetores e conselhos municipais, e aos inspetores paroquiais nas suas freguesias; determinou ainda que o inspetor-geral, nomeado pelo presidente da província, deveria ser 'pessoa conceituada por sua ilustração e prudência', capaz de um olhar vigilante" (MATTOS, 1990: 271-272).

o Liceu cearense, situado na capital. Excelência que em verdade representava a exclusão do acesso de todos e a formação de poucos. Porque eram a grande maioria exclusa, era o estudante do Liceu um representante da elite local.

Os livros do Liceu cearense eram de adoção oficial e eram procurados em lojas, tipografias e livrarias que fomentavam um incipiente mercado de materiais didáticos. Por volta de 1856, Rocha Jr. vendia assinaturas do Compêndio de Geografia do Dr. Pompeu por 3$000 réis. O adiantamento significava uma boa economia, posto que o livro custaria 1$000 a mais quando estivesse pronto. Era o Dr. Pompeu o mais conhecido dos intelectuais do Liceu e, durante os anos 1950, marcará sua atuação à frente da instrução pública provincial. Cabe se investigar como circulavam essas leituras tanto na capital quanto em cidades mais importantes do interior.

Pompeu representava o filantropismo senhorial e oficial do lugar. Deve-se a Pompeu a organização dos primeiros dados estatísticos da Província do Ceará. Foi editor do jornal liberal *O Cearense* e ganhou notoriedade política como senador do Império, a partir de 1864. Em 1869, ele encabeçava a lista da "Comissão encarregada pelo Exmo. presidente da Província para promover a emancipação das crianças escravas". O trabalho na área de produção de manuais didáticos de Pompeu obteve respaldo no âmbito do território nacional, quando se adotou o *Compêndio de Geografia Geral* "oficialmente no Colégio Pedro II, da Corte, e nos vários seminários do Império" (GIRÃO, 1977: 20). Além da segunda edição (de 1856), houve uma terceira em 1859 e ainda uma quarta, com o título *Compêndio Elementar de Geografia Geral e Especial do Brasil*, editado no Rio de Janeiro pela Laemmer, em 1864.

Pompeu ensinava a seus alunos, pelo *Compêndio Elementar*, que as letras e a vigilância policial ilustrada definiam o limite entre civilizados e incivilizados. As nações selvagens seriam aquelas em que se ignoraria completamente qualquer arte da escrita, como igualmente não haveria polícia. As nações bárbaras possuiriam polícia, conheceriam a arte de escrever mas lhes faltariam a "língua polida" e uma "legislação bem ordenada"; não fomentariam o cultivo das ciências e seriam nações guerreiras, "taes são algumas nações asiáticas e quasi todas as africanas" (SOUSA NETO, 1997: 62), buscando levar seus aprendizes para longe da África e aproximá-los do mundo ocidental, da Europa e dos Estados Unidos.

Como Diretor da instrução pública, ele elaborou relatórios para presidentes e com Vicente Pires da Mota, em 1854, defendeu os resultados práticos da instrução para a segurança da ordem social:

E com tudo a instrução primária ainda carece de vossos cuidados e desvelos; além de ser uma dívida sagrada a que estais obrigados, é uma medida de previdência em beneficio da futura tranquilidade do Estado, é mais uma garantia da observância das leis e do respeito aos direitos individuais. (CEARÁ-RPP, 1954: 01/set.).

Dez anos depois, outro presidente era mais enfático com relação ao medo que a ausência de instrução primária inspirava na *boa sociedade*. O desleixo para com a cultura moral da criança gerava o desvio no adulto. A instrução devia, ela mesma, ser conduzida com temor, pois não deveria expressar senão a boa moral. O abismo rondava um mundo senhorial embriagado por ideias europeias:

Corrigir as tendências malignas, fortificar as propensões para o bem, cultivar os sentimentos nobres e elevados, gravar no espírito as verdades morais e religiosas e provocar os primeiros desenvolvimentos da inteligência, é uma missão sublime cercada de dificuldades e cheia de perigos. As ideias e sentimentos plantados nos ânimos infantis tornam-se para assim dizer, leis, categorias do espírito e fazem no menino aquilo que ele é na idade viril. (CEARÁ-RPP, 1961: 01/out.).

Pode-se dizer, com base nas avaliações dos presidentes de Província e de Estado, que os anos entre 1877 e 1890 foram marcados pela estagnação da instrução pública. Quando recaiu a seca, viram-se os deslocados ambientais se dedicarem a construir cadeias, não escolas.

Depois do fim do Império, novas tônicas aparecem. A preocupação repressiva é mitigada. O relatório estadual de Accioly apresentava, para 1909, tão somente meia página sobre a ordem pública e nada se escreveu sobre questões judiciárias ou policiais. No mesmo relatório, a educação era analisada em 16 páginas e meia, demonstrando o vivo interesse que ela ganhava nos inícios do século XX, como resultado de uma equação inteiramente nova, posto que ligada ao progresso individual e ao liberalismo econômico americano.

Uma avaliação de Clarindo de Queiroz em 1891 dizia que, apesar do peso do ensino no orçamento estadual, as frequências escolares permaneciam ainda as mesmas de 1881. A "instrução primária estipendiada pelo Estado" apresentava para ele um "contristador aspecto" (CEARÁ, 1891: 9). A conjuntura levava também a uma valorização política deliberada do ensino particular, que era agora proclamado como solução para o problema educacional. A taxa escolar nos estabelecimentos públicos, proibida pela Constituição do Império, passava a ser vista em 1887 como solução necessária para a escassez das verbas. Tudo que era relativo à expansão e qualidade do ensino (criação de novas escolas distribuídas equitativamente em todo território, edifícios adequados, bibliotecas, museus, remuneração digna para o professor etc.) "seria um sonho se olhássemos apenas para os minguados recursos do erário provincial". A inspiração agora deixa de ser a França: "Deixaria de sê-lo, porém, se a exemplo dos Estados Unidos e de outros países criássemos uma fonte de receita especial, uma taxa escolar com aplicação exclusiva à instrução pública" (CEARÁ-RPP, 1887: 01/jul.). Uma nova reflexão parece ter irrompido na mentalidade imperial. Cedia espaço a ideia de que a igreja e a escola eram antídotos

para a mente criminosa entre os camponeses e as crianças, especialmente se pertencentes ao gênero masculino.

4. ENTRE A EUROPA E O BRASIL: INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA DA OCIDENTALIDADE[3]

A criminalidade e a desordem, especialmente masculina, como se vem demonstrando, é um dos temas mais candentes e desafiantes para os governantes ilustrados durante aquele período da história brasileira. Isso porque toca em outro fio de condução e equilíbrio da Sociedade Imperial, qual seja, a manutenção da ordem econômica e do progresso de uma moral para o trabalho, que deveria ser empreendida nos marcos do universo social delimitado pela classe senhorial imperial. O ensino elementar era visto sob uma ótica estritamente utilitária, como colaborador da construção de uma moral religiosa favorável à passividade dos inúmeros setores e personagens subalternos.

Os direitos hoje considerados fundamentais são pensados como concessão do poder soberano do Estado. Também a Província reproduzia este tom de discurso, como nesta fala de um presidente cearense, em 1857: "O Estado deve derramar a instrução sobre a cabeça do povo; ele lhe deve esse batismo de luz, já como compensação dos deveres, que lhe impõe, já como garantia dos direitos, que lhe concede" (CEARÁ-RPP, 1857: 01/jul.). Longe de uma democracia coroada (TORRES, 1964), o poder estatal é exercido como absoluto, uma vez que os direitos e garantias são concessões de cima.

A política de combate ao crime no Ceará se inicia em idos de 1830 e parece ter envolvido o controle repressivo de homens brancos pobres, indígenas, escravos e libertos. A sua etiologia criminal se fundamentava no grau de ilustração e moralidade da população, mentalidade que ganhou hegemonia nos meios educados da Europa setecentista. O Estado tinha como meta primeira unir os benefícios utilitários da religião com os anseios educacionais do século do progresso para produzir o homem "civilizado".

A interpretação por analogia inclui uma comparação entre a realidade documental e o aporte teórico escolhido. Trata-se de abordar uma documentação histó-

3. Algumas das reflexões expostas neste tópico foram primariamente desenvolvidas em outras pesquisas de nossa autoria. Após um ano de estudos pós-doutorais nos Estados Unidos, conforme citado em nota anterior, tais reflexões foram amplamente reformuladas. Agradeço em particular ao grupo de trabalho New York City Latin American History Network na pessoa de Amy Chazkel pela oportunidade de apresentar parte destas reflexões e receber os comentários e críticas pertinentes.

rica em que não está perpassada de evidências de recepção direta. Opera-se aqui a leitura seletiva do trabalho de Alain Corbin com o apoio de outras fontes para produzir uma reflexão pertinente ao desejo de parte da sociedade mais estabelecida, ou dita "boa sociedade", em proclamar a educação do "outro" quando a sua prática é diferente, ou contrária ao seu discurso.

A educação da prostituta é tomada por Corbin como um exemplo de uma aparência necessária nos moldes de uma mentalidade europeia. Assim por analogia, aborda-se aqui a proclamação da necessidade de educação dos provincianos do Ceará como um meio de evidenciar as práticas penais cumpridoras do seu papel repressivo, tendo em vista a incultura das pessoas, especialmente as de origem rural, sem acesso às escolas e tidas como precariamente evangelizadas pelo cristianismo católico.

No âmbito da história das sensibilidades escolares no Ocidente, é importante enfatizar a uma ambiguidade característica dos projetos de excelência. A escola disciplinada podia representar tudo que fosse bom e correto, ao tempo que transmitisse uma conformidade monótona. O desejo de expurgar a desordem é uma revelação de práticas reprimidas já presente nos projetos de excelência da cultura ocidental. Esta representação bipartida do mundo caracterizou a vida social urbana dos oitocentos em vários aspectos, impulsionando os sentimentos de progresso e aperfeiçoamento.

O pensar sobre a ausência de cultura intelectual no homem pobre constitui um aspecto basilar para a compreensão da representação sobre o "feroz" dos sertões. Por trás de um ato feroz estaria um homem incontido e inculto. Sem civilidade e sem ilustração, ele é o portador de uma ingenuidade nata. Os letrados do século XIX no Brasil estão ainda na linha de herança da ilustração conservadora na Europa, associando a criminalidade à ignorância (GARNOT, 1990). Ela é o atributo marcante da pessoa do campo considerada como rude e selvagem: toma forma como mitificação da ação de agressão física direta, sem apelos a subterfúgios ou elaborações longamente premeditadas. Daí talvez a força de uma necessidade de se medir a condição moral da população. A palavra "moral" podia definir tanto o caráter bom ou mau do criminoso como o seu "nível" de inteligência, ou seja, o grau de elaboração do seu espírito em fazer o mal. O crime não ganhava grande visibilidade sob os olhos de uma prática econômica – o enriquecimento ilícito e danoso – ou social – os pobres e mendigos que furtam para comer. O crime dos pobres da zona rural no Ocidente era visto como o resultado de uma debilidade de formação. Sem dúvida alguma se lhe dava atributo de ausência de luzes, ou vazio cultural. Às vezes subrepticiamente, às vezes de forma expressa, era também encarado como produto de práticas costumeiras ligadas às raízes naturais e geográficas.

É importante considerar um dos estudos empreendidos por Alain Corbin (1991) ao descortinar no discurso sobre a má educação da prostituta uma repetição incessante de tudo que contradiz a moral dominante, de tal forma a assegurar o hedonismo de uma vertente não expressa desta ética social. É o hedonismo recalcado de nossa cultura ocidental que faz figura.

Não se deve esquecer que há uma multiplicidade sempre relacional de figuras que compõem este universo às avessas. Ou seja, a figuração negativa é o índice de uma outra figura que se coloca pelo "lado direito" da imagem social; ela está numa posição mais propícia e confortável para ser capaz de imprimir às outras figuras que lhe são diferentes uma posição de pilhéria, de pré-conceituação ou mesmo de desqualificação e humilhação (como funciona com as práticas racistas). Corbin destaca a menos redimível destas personagens: a prostituta (CORBIN, 1991: 109). Era, também ela, vista dentro do vazio de incultura e ignorância que cercava o povo conforme inúmeros historiadores já destacaram acerca do século XVIII.

A "reeducação" da prostituta era propugnada por uma escola-convento ou uma escola-fábrica. No primeiro caso, a reconversão teria de passar por um processo de santificação e martírio. A pecadora deveria obrigatoriamente tornar-se santa. No segundo caso, a fadiga e a racionalidade disciplinar do trabalho deveriam tornar exíguo o tempo de corpo estafado: assim o prazer não superaria a obrigação. Em realidade, porém, a bestialidade atribuída às "putas" eram elementos necessários e desejados para a educação dos jovens burgueses e a manutenção da boa imagem da moça virgem:

A educação bem-sucedida da jovem supõe que em outros lugares este mesmo empreendimento fracassa. De outra maneira dita, toda boa história da educação deve ser também aquela do seu fracasso, sobretudo quando se fala da pureza ou impureza feminina num tempo onde a evidência da repartição assegurava a interferência dos retratos em díptico, da prostituta e da mulher honesta, ao homem preocupado. (Traduzido de CORBIN, 1991: 115).

Inúmeros personagens povoaram o temor real e imaginário de mulheres e homens da "boa sociedade" no Ocidente, na França como na América. Uma boa parte destas personagens estava condenada por não ter letras. Paradoxalmente, as letras eram cuidadosamente vigiadas e monitoradas. Para se alfabetizar não era suficiente querê-lo. À mulher não se deveria fornecer uma instrução larga. O presidente da Província do Ceará era explícito quanto às funções da instrução pública para o "belo sexo". As meninas eram preparadas desde cedo para exercer a função de "boa mãe", como

"(...) os primeiros mestres dos seus filhos; não obstante sua instrução literária deve ser menor do que a recomendada para os homens, ao mesmo tempo que nada devem ignorar desses conhecimentos domésticos que tem que exercer dentro de

suas casas. A esses, a quem a natureza dotou de tanta brandura e amabilidade deve ser dado amplo conhecimento da doutrina Cristã, a fim de ensinar no coração de seus filhos desde suas primeiras palavras; com isso muito ganhará a sociedade" (CEARÁ-RPP, 1844: 01/jul.).

Por analogia extensiva em relação à reflexão de Corbin, podemos dizer que a escola oitocentista podia ser equacionada como um mundo à parte, reafirmando os valores masculinos estabelecidos, que uns e outros querem expulsar sob o estigma do interdito, da delinquência, da indignidade corporal. Uma representação estereotipada possui a função social de justificação da ordem vigente e de afirmação da superioridade ou pureza de universo europeu masculino sobre outros personagens.[4]

A prisão é um exemplo nítido do que acontecia com a educação como saber restritivo e interdito, durante o século XIX. As letras representavam um perigo ao sistema penitenciário. Michelle Perrot lamentou não ter encontrado as biografias e escritos de presidiários em suas pesquisas sobre o século XIX (PERROT, 1992: 238). Mas os presos escrevem, compõem poemas de que Lombroso (1887) e seus colegas italianos deram notícia e reproduziram algumas. Esta literatura se perdeu em grande parte, destruída pelo próprio sistema penitenciário ou pela vergonha do ex-presidiário que não tem ali um monumento para o futuro. A instrução interna fornecida pela instituição não pode exceder aos conhecimentos mais elementares para que não se venha a fornecer ao mundo do delito mais uma arma em seu favor.

Era prudente aos estadistas, desde Napoleão, promover o ensino básico: ler, escrever e contar. Contudo, é revelador o que disse um publicista europeu da época acerca do caráter "necessário" da instrução:

"É conveniente (...) não ocupar-se da instrução científica daquelas classes da população [artesãos e camponeses], condenadas pela indigência a um trabalho mecânico e diuturno. Para elas basta que sejam imbuídas de uma moral pura e santa. O que seria realmente vergonhoso é descuidar da educação da classe nobre, confortada e rica." (MANACORDA, 1992: 276).

A elaboração do discurso autocrático possui uma longa tradição política: ele aparece com soluções e modos de agir imediatos calcados numa visão conservadora do homem analfabeto que passa a ser associado a um indivíduo inculto, inapto e potencialmente perigoso. As formas antigas de compreensão da educação se constituíam enquanto tematização de natureza moral e política, mais do que uma equação social. O ensino enquanto segurança do Estado e garantia da paz interna teve

4. O que seria do homem metropolitano brasileiro se não existisse o "jeca" regional – que povoa televisão e certas vertentes de humor – a fazer-lhe rir e encontrar em si mesmo uma identidade que possa lhe ser mais honrosa e superior? Assim também a reputação do delinquente não reforça o poder do "indivíduo de bem"?

uma força importantíssima num universo em que alfabetização popular estava ainda longe de se completar.

No Império brasileiro, o conjunto das leis e práticas francesas sobre a educação e a instrução escolar representaram uma fonte de inspiração certa na hora de se fazer desencadear reformas institucionais em benefício do ensino. Assim, tanto conceitos de Condorcet como efetivamente as propostas institucionais do Império Napoleônico e da Monarquia de Julho foram imitadas e adaptadas ao universo brasileiro (MATTOS, 1990: 260). O Estado, contudo, dava uma orientação particular a este processo de recepção, conforme explica Mattos para as acepções de *educação* e *instrução*:

"De um lado, já o vimos, a influência francesa determinava a adoção do termo primário para designar um grau do processo educativo, assim como a de Liceu para nomear instituições escolares. Determinava também a utilização dos termos instrução e educação, parecendo recolher a distinção estabelecida por Condorcet, para quem a instrução eram os conhecimentos positivos e certos dos quais o Estado era o despenseiro natural, enquanto que educação eram os sentimentos em assunto religioso e político reservado onde o Estado devia abster-se de ingressar, declarando-se independente. Todavia, tal distinção não deveria impor-se de fato, aqui. O exercício de uma direção por meio dos estabelecimentos escolares, como um momento da construção do monopólio da responsabilidade pelo Soberano, impunha que ao governo do Estado deveria competir tanto a instrução quanto a educação. E, aqui também, o processo no qual os dirigentes imperiais procuraram fazê-lo, foi também o processo no qual se forjaram." (MATTOS, 1990: 265-266).

A renovação das tradições de pensamento lusitano foi importante por intermédio da Universidade de Coimbra. Ela foi uma matriz fundadora da *inteligência* brasileira após a independência. Os ex-alunos daquela escola em Portugal tornaram-se estadistas e homens de imprensa na nova nação, moldando o pensamento brasileiro imperial. Estavam interessados em progressos da ciência e em reformas econômicas, estas últimas definidas na época pela expressão "interesses materiais". Queriam reformas que evitassem qualquer "chacoalhada" na ordem escravista.

A manutenção de uma *meritocracia* masculina nestas instituições foi fundamental para que se acreditasse que o investimento pessoal e coletivo no saber implicava no reconhecimento dos talentos e na construção de uma cultura científica que antes de ser nacional era universal e, para melhor dizer, universalmente francesa. No Recife se encontravam instituições referenciais. Contudo, na Corte, o Colégio Pedro II foi uma daquelas instituições definidoras de um modelo almejado e invejado pelos intelectuais cearenses, como de resto por todo o Império.

Durante a *Belle Époque* a escola inicia seu afastamento da função tradicional de remédio para a cura da alma criminosa, da qual o indivíduo era de certa forma um

"hospedeiro". A instrução passa ao banco dos réus, suspeita de ser ela mesma uma colaboradora ativa no desenvolvimento das mentes criminosas. Não é à toa que o Brasil de hoje recuperou recentemente a remissão da pena pelo estudo, hipótese afastada da nossa legislação de execução penal que considerava apenas o trabalho, mas desprezava o estudo como elemento de reeducação do apenado. A urbanidade aristocrático-burguesa, vigente na virada do século XIX para o século XX, expulsou da etiologia criminal o ingênuo e feroz homicida dos campos e, junto com ele, lançou fora a cultura escolar como antídoto. O século XX brasileiro trilha seu caminho baseado na ideia de que o criminoso possuiria deformações que o ensino não teria capacidade de refundir para ali empreender a moldagem da humanidade supostamente perdida pelo indivíduo que praticou atos danosos a outros indivíduos e, sobretudo, à ordem social.

5. HISTÓRIA, PRECONCEITO CONTRA A ORIGEM E DIREITOS

É de fundamental importância que sejam identificados aspectos precisos da construção da vulnerabilidade de grupos humanos que enfrentam situações de preconceito, ou mesmo racismo. Este é o caso dos nordestinos no Brasil. Na situação específica do sertanejo, agrava-se outra vulnerabilidade que reside no fato da sua população viver constantes situações de deslocamento em virtude das condições socioambientais. O território do Ceará é composto de um percentual de 86,8% de semiárido totalizando uma área de 126 quilômetros e meio, o implica a inclusão de 150 municípios do Estado nesta área (RIBEIRO e SILVA, 2010: 8). A presença do nordestino em áreas de maior riqueza, como é o caso de São Paulo, faz com que seu povo seja identificado em seus traços de estereótipo negativo. Para entender como estereótipos foram construídos em torno do sertanejo do Nordeste, mostra-se de fundamental importância a compreensão da construção das representações sociais.

É preciso identificar as formas de violência simbólica, cultural, econômica e criminal implementadas pelo Império, em contradição com valores praticados na cultura nativa e mesmo em outras experiências de países ocidentais. Busca-se definir um padrão de exclusão e vulnerabilidade regional, dentro do contexto do Estado nacional brasileiro, quanto à política criminal e nos pontos de contato entre educação e política criminal. Isso se relaciona igualmente com a finalidade de promover uma reflexão sobre a formação da vulnerabilidade da imagem da população nordestina. Desta forma, emergirá como resultado um diálogo histórico que contribua na ampliação da consciência dos direitos humanos e do direito ao desenvolvimento.

As nações envolvidas na promoção dos direitos humanos no século XX, sobretudo com o texto da Declaração Universal de 1948 passaram a condenar o racismo atribuído a diversas causas. Não se deve esquecer que a discriminação e o racismo

tocam naquilo que já se quis dizer serem direitos humanos fundamentais. Muito além disso, tanto o art. II da DUDH, quanto o texto do art. 26 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 condena expressamente qualquer forma discriminatória ratificando o dever de proteção eficaz contra a discriminação de "origem nacional ou social, situação econômica, nascimento" (COMPARATO, 2007: 323). Dentre vários outros documentos destacamos a declaração sobre raça e os preconceitos raciais aprovada na ONU em 1978 que em seu parágrafo 3 do art. 1.º traz: "A identidade de origem não afeta de modo algum a faculdade que possuem os seres humanos de viver diferentemente, nem as diferenças fundadas na diversidade das culturas, do meio ambiente e da história, nem o direito de conservar a identidade cultural". Naquele mesmo documento, é lembrada a responsabilidade do Estado em promover a educação para a tolerância e a paz "colocando a disposição os recursos do sistema escolar a disposição de todos os grupos de povos sem restrição ou discriminação alguma de caráter racial e tomando as medidas adequadas para remediar as restrições impostas a determinados grupos raciais ou étnicos no que diz respeito ao nível educacional e ao nível de vida e com o fim de evitar em particular que sejam transmitidas às crianças".

Neste sentido, a investigação da história do Nordeste é também uma investigação sobre a negritude, a mestiçagem, a violência civilizatória contra os indígenas e os processos de elucidação de temas que, no futuro, podem transbordar para diálogos não apenas no campo da produção acadêmica, mas igualmente no ensino fundamental e médio nos termos da lei 11.645/2008. É importante lembrar o estudo desenvolvido por Albuquerque Júnior sobre o que ele chama de fronteiras da discórdia:

"No Brasil, o preconceito por origem geográfica marca, especialmente, os nordestinos. Este preconceito se expressa por exemplo, através dos estereótipos do 'baiano' e do 'paraíba', denominações que são usadas genericamente em São Paulo e no Rio de Janeiro, respectivamente, para se referirem aos migrantes vindos da região Nordeste. Ao nordestino ainda estão vinculados outros tipos sociais vistos com certo desprezo, com comiseração ou com medo, como: o retirante, o flagelado, o migrante, o pau-de-arara, o arigó, entre outros" (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2007: 89).

Para Albuqurque Júnior, a compreensão do preconceito encontra mediação em dois aspectos: (a) a investigação da "história da construção da própria ideia de Nordeste e, em consequência, da ideia de ser nordestino"; (b) o "papel desempenhado pelas elites nordestinas e por suas camadas populares na história do país no século XX" (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2007: 89). Na verdade, o autor faz aqui uma autoreferência a um outro estudo seu sobre o que ele supôs ter sido uma invenção do Nordeste. Mais do que uma invenção, é preferível fazer referência a processos complexos que envolvem realidades de pessoas humanas, representações e práticas de diversas naturezas, inclusive econômicas. O campo temporal de investigação para

a temática já recua ao século XIX, quando próprio Albuquerque Júnior identifica a grande seca de 1877 a 1879 como "um dos primeiros episódios que marcarão a emergência desta identidade regional" (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2007: 91).

Martha Santos (2012) vê uma abordagem de casamento da história econômica e cultural, tendo a masculinidade como fonte de interpretação teórica. Uma vez que a construção do sistema de justiça brasileiro tocou os sertões e as regiões periféricas do Brasil, um conjunto de circunstâncias emergiram favoráveis à representação pejorativa da pessoa do mundo rural, especialmente nas províncias do Norte, mas mesmo antes de 1877. Neste sentido, com a devida licença para esta breve autocitação, os estudos deste autor em sua tese de doutorado defendida em 2002 (PIMENTEL FILHO) e a abordagem conduzida posteriormente por Martha Santos estão em acordo[5] acerca de alguns pontos como no que se esboça conclusivamente esboça abaixo:

"Vaqueiro corajoso", "cabra macho", "jagunço", "sertanejo honrado". Estas imagens facilmente reconhecíveis dos homens rurais do semiárido do Nordeste abundaram na imaginação popular e intelectual no Brasil desde pelo menos o final do século XIX. Por vezes vilipendiado, elogiado, temido, e mesmo objeto de compaixão, a grande representação do sertanejo macho cria uma associação inerente entre os interiores, como um espaço cultural geográfico, e gênero, por meio da intersecção da ruralidade nordestina e a masculinidade violenta. Entretanto, a retratação da masculinidade beligerante do sertão – ainda que politicamente útil nas disputas passadas das elites para o reconhecimento em dimensão nacional – obscurece o processo por meio do qual as formas de identidade masculina foram construídas na vida diária, e esconde as lutas de poder associadas ao gênero na região. (Traduzido de SANTOS, 2012, p. 215).

O discurso de uma "raça" nordestina – o qual foi magistralmente expressado por Euclides da Cunha vinha – vinha sendo elaborando no seio das elites imperiais, num lento processo de violência material e simbólica.

Para Barbara Weinstein (2008), o caso brasileiro pode ser explicado a partir da ideia de orientalismo num só país. A abordagem metodológica de Barbara Weinstein tem revelado aspectos de um imperialismo cultural aparecido mais tarde na disputa de grupos regionais brasileiros: "O Nordeste emergiu nos inícios do século

5. Martha Santos escreve ainda: "Como José Ernesto Pimentel Filho demonstrou, em suas correspondências e nos relatórios anuais, estas autoridades construíram uma imagem do homem pobre livre Cearense como motivadas pela 'paixões, estranhos ódios, e pelo espírito de vingança.' Além disso, na visão das autoridades, os sertanejos eram 'bárbaros', os quais frequentemente empregavam a 'força bruta' em crimes 'horrendos e frequentes'" (Traduzido de SANTOS, 2012: 211).

XX como o 'Oriente' de São Paulo, uma região de persistente miséria e desordem" (Traduzido de WEINSTEIN, 2008).

Analisando o movimento constitucionalista de São Paulo, onde raramente se apresentou ideias democráticas, vê-se a emergência da terminologia racista em fortes expressões para definir os homens do Norte do Brasil. As tropas federais foram descritas como "tendo sido recrutadas em meio a habitantes semisselvagens dos sertões nordestinos" (WEINSTEIN, 2008). O sertanejo retratado pelos constitucionalistas se afigura agora como uma personagem degradante, numa acumulação da herança de exclusão econômica e cultural que autorizava o tratamento de desprezo, muito embora se deva lembrar que a "jagunçada", considerada inferior, tenha saído vencedora na história republicana do Brasil, superando o racismo travestido de constitucionalismo paulista.

A contribuição dos estudos de Weinstein está em revelar o enfrentamento que as classes de baixo podem empreender no espaço nacional, submetendo o conjunto da comunidade nordestina aos padrões de discriminação imposto pelo desenvolvimento do Estado republicano. A antiga representação de incultura atribuída por chefes de polícia e presidentes de província – diga-se, não eleitos – durante o Império foi substituída por uma terminologia que descreve agora o corpo, imprimindo uma nova conotação simbólica, que na interprestação de Weinstein é um discurso de raça. Martha Santos (2012) também destacou em diversos momentos do seu texto as representações fundadas na raça, mas como observação auxiliar de análise.

A proposição de orientalismo num só país proposta por Weinstein é culturalmente importante. Embora a vontade do colonizado imitar o padrão branco do colonizador europeu nada ter de novo na história, os estudos de Barbara Weinstein podem ser lidos como uma revelação da incapacidade dos setores sociais intermediários do Sudeste em resolverem recalques históricos em relação às culturas brancas do Ocidente. No contexto particular do trabalho de Weinstein (2008), as fontes históricas emergem com excepcional força no sentido de demonstrar a presença do Oriente no discurso paulista.

6. CONSIDERAÇÕES PARA NOVOS DESENVOLVIMENTOS

Aqui se vem vislumbrando uma temática histórica relacionada a processos que erigem a incorporação excludente – se assim podemos dizer – de populações vulneráveis, no estágio de acumulação de capital, quando o trabalhador rural começa a ser inserir na cultura dita moderna. Foi o caso da economia cearense da segunda metade do século XIX via crescimento da demanda por algodão no mercado internacional e pela expansão do capital inglês e francês, com consequências importan-

tes nas localidades interiores, especialmente no anos de 1845 a 1870 (SANTOS, 2012: 17-44). Esta inserção das pessoas no capitalismo opera um jogo de contradições, quando se vê um aumento da monetarização econômica, a modificação dos hábitos civilizatórios, a modificação do ritmo diário da vida dos indivíduos além, por fim, do acesso às formalidades da sociedade organizada, especialmente na esfera da polícia e da justiça. Por outro lado, estes aspectos que tendem a se acomodar numa feição capitalista de viver são feitos de forma a marginalizar e subordinar contingentes humanos expressivos. No caso nordestino, a habilidade guerreira sertaneja foi assimilada na cultura nacional com forte carga de preconceito, o que foi impresso em momentos precisos da vida nacional, os quais cabe aos pesquisadores evidenciar.

7. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de. *Preconceito contra a origem geográfica e de lugar: as fronteiras da discórdia*. São Paulo: Cortez, 2007.

ARARIPE, Tristão de Alencar. (1867) *História da Província do Ceará: desde os tempos primitivos até 1850*. Recife: Tipografia do Jornal do Recife. Foi também consultada a edição segunda de 1958, Fortaleza: Tipografia Minerva.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORBIN, Alain. La mauvaise éducation de la protistuée au XIX^{e}. In: CORBIN, Alain. *Le temps, le désir et l'horreur. Essais sur le XIX^{e}*. Paris: Flammarion, 1991.

GIRÃO, Raimundo. *Pequena história do Ceará*. 3. ed. Fortaleza: UFC, 1971.

_____. *O Senador Pompeu. 1877-1977*. Fortaleza: Henriqueta Galeno, 1977.

LOMBROSO, César. *L'homme criminel*. Paris: Ancienne Librairie Germer Baillière, 1887.

MANACORDA, Mario Alighiero. A educação no oitocentos. In: MANACORDA, Mario Alighiero. *História da educação: da Antiguidade aos nossos dias*. 3. ed. São Paulo: Cortez/Autores Associados, 1992.

MATTOS, Ilmar Rohloff de. *O Tempo Saquarema. A formação do Estado imperial*. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1990.

PAIVA, Manoel de Oliveira. *Dona Guidinha do Poço*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1995. Apresentação de Rolando Morel Pinto (Escrito em 1892. 1. ed. em 1952; 1. ed. Ática em 1981).

PERROT, Michelle. Delinquência e sistema penitenciário na França no século XIX. In: PERROT, Michelle. *Os excluídos da história*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PIMENTEL FILHO, José Ernesto. *A produção do crime: violência, distinção social e economia na formação da Província cearense*. Tese de Doutorado, São Paulo, USP, 2002.

RODRIGUES, José Honório. *Índice anotado da Revista do Instituto do Ceará*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1959.

SANTOS, Martha S. *Cleasing honor with blood: masculinity, violence, and power in the backlands of northeast Brazil, 1845-1889*. Stanford: Stanford University Press, 2012.

SOUSA NETO, Manoel Fernandes de. *Senador Pompeu – Um geógrafo do poder no Império do Brasil*. Dissertação de Mestrado, São Paulo, USP, 1997.

SOUSA, Joaquim Moreira de. *Estudo sobre o Ceará*. Brasília: Ministério da Educação e Cultura/ Instituto Nacional de Estudos Pedagógicos, 1955. (Campanha de Inquéritos e Levantamentos do Ensino Médio e Elementar – Cileme. Publicação n. 8).

TORRES, João Camilo de Oliveira. *A democracia coroada: teoria política do Império do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1964.

WEINSTEIN, Barbara. Orientalism in One Country? Race, Region, and Nation in 20th – Century Brazil. In: EUROPEAN SOCIAL SCIENCE HISTORY CONFERENCE. 7, Lisboa, 2008. Trabalho inédito pronunciado como "keynote lecture" durante aquele evento.

_____. Racializando as diferenças regionais: São Paulo *x* Brasil, 1932. *Revista Esboços*. vol. 13. n. 16. p. 281-303. Florianópolis, 2006.

_____. Regional *vs.* national history: rethinking categories from a comparative perspective. *Territórios e Fronteiras*. vol. 4. n. 1. p. 23-31. Cuiabá. 2003.

Fontes primárias

CEARÁ. (1858) Livro de registro da correspondência da Secretaria de Polícia do Ceará. 01.01.1858. Localizado no Apec: Arquivo Público do Estado do Ceará.

_____. (1891) Mensagem... General Clarindo de Queiroz... leu perante o Congresso do Estado do Ceará... 01.10.1891. Fortaleza: Tipografia do Estado. Center for Research Libraries. Brazilian Government Documents. Provincial Presidential Reports, 1830-1930. Disponível em: [http://www.crl.edu/brazil]. Acesso em: 09.11.2013.

_____. RPP- Relatório de Presidente de Província. Center for Research Libraries. Brazilian Government Documents. Provincial Presidential Reports, 1830-1930. Disponível em: [http://www.crl.edu/brazil]. Acesso em: 09.11.2013.

Outra fonte

RIBEIRO, Elisa de Castro Marques; SILVA, Maria Micheliana da Costa. (2010) Um retrato do semiárido cearense. Fortaleza: Governo do Estado. Texto para discussão n. 76. Disponível em: [www.ipece.ce.gov.br/publicacoes/textos_discussao/TD_76.pdf]. Acesso em: 23.11.2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher, de Vera Regina Pereira de Andrade – *RBCCrim* 48/260-290, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/575-602 (DTR\2004\822);
- Deslocamentos semânticos e hibridismos: sobre os usos da noção de violência contra mulher, de Maria Filomena Gregori – *RBCCrim* 48/246-259, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/393-404 (DTR\2004\297);
- Discriminação sexual e a necessidade de tutela penal, de Ana Lucia Sabadell – *RBCCrim* 113/41-76 (DTR\2015\3611);
- Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social, de Carmen Hein de Campos – *RBCCrim* 73/244-267 (DTR\2008\367);
- Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero, de Shelma Lombardi de Kato – *RBCCrim* 71/266-296, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/521-546 (DTR\2008\173); e
- Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal, de Ana Lucia Sabadell – *RT* 840/429-456 (DTR\2005\953).

23039

Um debate sobre a cientificidade da antropologia criminalista italiana no século XIX

A discussion about the scientificity of the Italian criminal anthropology in the 19th century

Leonardo Dallacqua de Carvalho

Doutorando em História das Ciências e da Saúde na Casa de Oswaldo Cruz/Fiocruz – RJ.
Graduado e Mestre em História pela Universidade Estadual Paulista/Unesp – Assis/SP.
leo_gerrard@hotmail.com; leo.historiafiocruz@gmail.com

Área do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo a análise da Escola de Antropologia Criminalista Italiana, passando por alguns de seus principais expoentes, a saber, Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, e suas contribuições no estabelecimento científico que faziam parte. Em seguida nos dedicaremos a um debate conceitual acerca do estudo do argumento de que a Antropologia Criminalista não seria apenas uma "pseudociência", como alguns autores atribuíram, pois a mesma possuía sua legitimidade no estabelecimento científico e era tida por muitos cientistas da época como ciência atual.

Palavras-chave: História da ciência – Cesare Lombroso – Antropologia criminalista – História da Criminologia – História intelectual.

Abstract: The present work aims to analyzing the Italian School of Criminal Anthropology, passing by some of its leading exponents, namely, Cesare Lombroso, Enrico Ferri and Raffaele Garofalo and their contributions to the scientific establishment they were part of. Then, we dedicate ourselves to a conceptual discussion on the study that criminal anthropology would not be just a "pseudoscience" as some authors has assigned as argument, therefore had the same legitimacy in the scientific establishment and was regarded by many scientists as current science of their time.

Keywords: History of Science – Cesare Lombroso – Criminal Anthropology – History of criminology – Intellectual History.

Sumário: 1. (Re)pensando a ciência do século XIX – 2. As escolas de Turim, Pisa e Nápoles: reconhecimento no estabelecimento científico – 3. O olhar para trás e a interpretação da ciência nos seus contextos – 4. Considerações finais – 5. Fontes – 6. Bibliografia.

1. (Re)pensando a ciência do século XIX

"O laudo psiquiátrico, mas de maneira geral a antropologia criminal e o discurso repisante da criminologia encontram aí uma de suas funções precisas: introdu-

zindo solenemente as infrações no campo dos objetos susceptíveis de um conhecimento científico, dar aos mecanismos da punição legal um poder justificável não mais simplesmente sobre infrações, mas sobre os indivíduos; não mais sobre o que eles fizeram, mas sobre aquilo que eles são, serão ou possam ser."[1]

A frase que escolhemos de Foucault nos remete aos estudos da Antropologia Criminalista do século XIX e que estará presente no XX. Era necessário perceber o homem como um indivíduo propenso a criminalidade. Diversos estudos sobre a temática foram realizados e, nesse sentido, destaca-se a importância da Escola Criminalista Italiana, que foi referência teórica para diversos cientistas europeus e brasileiros.

Primeiramente buscaremos trazer ao texto alguns dos pensamentos dessa escola e suas influências para as análises científicas do período, bem como exemplificar a recepção e interpretação dessas ideias na voz de um expoente da ciência brasileira do século XIX, o médico brasileiro Raimundo Nina Rodrigues. Por fim, ressaltaremos uma posição quanto ao desenvolvimento dessas ciências no período em que foram propostas. Muitos intérpretes e estudiosos que procuraram compreender as ideias dessas escolas simplificaram seu pensamento atribuindo-as como uma "a-ciência" ou "pseudociência", deslegitimando-as em seus próprios contextos nos estabelecimentos científicos das quais faziam parte. Nossa intenção, sobretudo, é demonstrar que elas possuíam sua legitimidade nos contextos em que foram pensadas e seus membros dialogavam com propriedade científica com os pares da época.

Nossa análise começa com a personagem Misdea, um jovem soldado de pouco mais de duas décadas, que serviu ao exército por alguns anos e, mesmo com sintomas de ataques epilépticos, despertou o interesse de Cesare Lombroso (1835-1909) sobre seu caso. De repente, por algum motivo banal, ele atacou e matou oito de seus oficiais superiores e companheiros. Após isso, entrou em um sono profundo acordando apenas 12 horas depois sem sequer, uma única lembrança do ocorrido.[2]

Da mesma forma, o médico Nina Rodrigues (1862-1906) relata um caso parecido anos depois. Diz Nina que no dia "(...) dez de fevereiro de 1898, o soldado de polícia Lino, irritado com seus camaradas, se pôs a percorrer a cidade de Serrinha, bebendo cachaça em todos os bares que encontrava e declarando a todo mundo que faria uma desgraça naquele dia".[3] Lino, se apropriando de uma espingarda Comblain, abre fogo contra membros do quartel, matando uma sentinela e, inclusive, disparando contra um subtenente. Em plena agitação, Lino ameaça a todos, até que sob as ordens das autoridades locais, um oficial o abateu. Nina Rodrigues descreve

1. FOUCAULT, 1987, p. 20.
2. LOMBROSO, 1911b, p. XV-XVI.
3. RODRIGUES, 2008, p. 1168.

esse relato como um espectador privilegiado da cena, da qual, logo após o ocorrido teve a chance de fazer um estudo sobre o caso.

Esses dois casos relatados por Lombroso e Rodrigues assumem algumas particularidades que envolvem nosso artigo. Primeiro por destacarem um surto de soldados que ocasionou em um ato de criminalidade. Segundo, pela maneira como conduzem suas investigações e o aporte a uma ciência em que enxergava no corpo humano uma possível solução para conflitos sociais. Nesse sentido, o Oitocentos revela alguns paradigmas entre a ciência e seu contexto.

Quando pensamos em ciência do século XIX, ou nas consequências que levaram o pensamento de teorias como a eugenia, ou da chamada antropologia criminalista, somos conduzidos a crer que estas formulações estão reservadas ao âmbito de "falas ciências", "-a-científicas" ou "pseudociências". De fato, hoje sabemos muito mais sobre a hereditariedade do que nos contextos em que foi forjada e entendemos igualmente que não são os traços físicos que delimitam a incidência dos sujeitos ao crime. Contudo, nossa proposta pretende entender a fabricação desses conceitos enquanto produtos de um período de debate científico e não como uma espécie de "ficção científica", por assim dizer. Em outras palavras, mesmo sabendo que as propostas dessas teorias, em sua maioria, caíram em descrédito no estabelecimento científico, precisamos pensar a dinâmica das suas relações enquanto eram projetos científicos de escolas ao redor do mundo e seus diálogos com os pares da época.

Podemos grafar a exemplo, a fala do historiador Eric Hobsbawm ao tratar dos símbolos do nacionalismo na obra *Nação e Nacionalismo*, junto com a "pseudociência do racismo" contribuiu para o patriotismo e a consolidação das comunidades imaginadas.[4] Ao que parece, muitos pesquisadores abraçaram a interpretação dessas ciências como falseadas em suas pesquisas. Isto significa dizer que não estamos apenas tratando de relações científicas, mas de uma ciência a serviço da política imperialista.

Como os estudos históricos nos mostram, o autor está certo sobre o uso dessas ciências na sua utilização como arma ideológico-política. Porém, isso não significa atribuí-la a uma condição de "pseudociência", mesmo com sua desconstrução com as novas descobertas científicas, ela pertence a um processo de reconhecimento do período. Talvez, pelos traumas que as consequências desses atos tenham se deflagrado, a tendência com o reducionismo atua como um agente de "banimento teórico" do conceito, elevando-o para uma desqualificação conceitual e colocando essas teorias reinterpretadas em um caráter contextualmente genérico. Não queremos com isso contestar grandes produções que nas suas especificidades contribuí-

4. HOBSBAWM, 1990, p. 112.

ram e contribuem com a historiografia, entretanto, sugerimos uma reflexão com o uso de um termo que à luz do nosso trabalho parece descontextualizado.[5]

Assim, os relatos de Misdea e Lino ajudam-nos a ilustrar nossa argumentação. Eles nos remetem aos estudos entre antropologia e criminalidade desenvolvida por Cesare Lombroso na segunda metade do século XIX. Sua tese de que a criminalidade estaria associada a fatores como fisionomia, raça, doenças ou hereditariedade, por exemplo, teve recepção por parte da ciência de sua geração, inclusive no Brasil. Ou seja, por meio da biotipologia[6] era possível identificar propensos criminosos, sendo inclusive, um meio de coibi-los. Não à toa, as ideias de degeneração[7] e sua influência no plasma germinativo eram motivos de preocupações e estudos. Misdea e Lino, não fogem à regra. Enquanto o primeiro sofria de uma doença como a epilepsia, outro fora atacado, a princípio, pelo vício da bebida. Ambas as questões norteavam os pensamentos da associação da degeneração em contraste com o corpo e os vícios.

Mas afinal, o que seria a Antropologia Criminal? Para Robert Fletcher seria o estudo do homem, em consequência da conformação física, hereditária, vício, pobreza, doença, e este ceder ao desejo de iniciar uma carreira criminosa. Assim, caberia a este campo estudar a anatomia, a fisiologia,[8] a higiene do criminoso, sua

5. Para não sobrecarregar nossa argumentação, citamos em nota o exemplo do livro *Origens do totalitarismo* de Hannah Arendt, em que a autora classifica a eugenia como uma "ciência" entre aspas. Mais adiante, Arendt generaliza o conceito de eugenia como "a bestialidade sempre esteve inserida na eugenia". O reducionismo empregado na temática descontextualiza a importância dessas ciências para os contextos em que estavam inseridas, independente de maniqueísmos acreditamos que reduzi-las é um erro para a compreensão histórica (ARENDT, 2012, p. 259-260).

6. O termo cunhado por Nicolau Pende também se fez válido nos estudos da biotipologia no Brasil. Com base nas medidas antropométricas, sai na defesa na busca das diferenças entre os indivíduos. Cf.: GOMES, 2012, p. 705-719.

7. Cf.: STEPAN, 2005, p. 126.

8. No Oitocentos, como mostrou Ana Carolina Vimieiro Gomes, a fisiologia delimitava seus contornos enquanto uma disciplina institucionalizada, experimental e determinista. A autora aponta três movimentos que contribuíram para a consolidação da disciplina, "França, Claude Bernard e seu movimento de defesa de uma medicina experimental, baseada na fisiologia; o processo de institucionalização da fisiologia experimental na Alemanha, conceitualmente baseada na química e física e, também na França, principalmente a partir do último quartel do século, a consolidação do movimento pelo uso do método gráfico nessa disciplina, no qual o fisiologista Etienne-Jules Marey foi o principal propagador". GOMES, Ana Carolina Vimieiro. *Um programa de "scencia do Brazil": a inserção da fisiologia experimental na agenda científica brasileira em fins do século XIX (1880-1889)*. Tese de Doutorado, Minas Gerais, UFMG, 2009, p. 27-28. Para estender a discussão recomendamos o Capítulo 1 em sua totalidade.

produtividade, sua capacidade de alteração, para examinar em sua condição, e reconhecer os seus direitos.[9]

As análises feitas pelos adeptos do estudo da antropologia criminalista trilham sobre o caminho de uma ciência da época, que aliada à propagação das novas teorias evolucionistas, verificavam no ser humano um objeto de estudo em que seria possível empregar leis deterministas, darwinistas sociais e as relações entre o homem e o meio habitado por ele. Sendo assim, a ciência era uma espécie de agente auxiliador na identificação do crime, seja por meio dos estudos biológicos, seja na criação de técnicas para avaliações e exames físicos/mental da sociedade.[10]

A escola italiana, representada pelo professor de Turim, Cesare Lombroso, juntamente com Raffaele Garofalo (1851-1924) e Enrico Ferri (1856-1929), encontrou nos meios científicos do século XIX uma possibilidade de pensar a criminalidade no meio social. Em outras palavras, Lombroso, Garofalo e Ferri representavam "a modernidade do combate de fenômenos tenebrosos conhecido pelo nome de crime".[11]

As influências do estudo antropológico e anatômico não se restringiram apenas à Itália. Prova desse diálogo foi a atuação do médico e anatomista francês Paul Broca (1824-1880), que escreveu *On the phenomena of hybridity in the genus homo* (1864).[12] Logo no prefácio, o editor C. Carter Blake considera a leitura de Broca um assunto primário para o entendimento da noção de hibridização racial, e que sua obra, é uma contribuição para as pesquisas futuras. Assim considera:

"I should have felt more gratification if the task of interpreting the thoughts of the great French master of our science had fallen into worthier hand than my own. The habitual methods of thought of Dr. Paul Broca are so exact, his style so terse, his knowledge of the literature of Anthropology so vast, and his power of application and concentration of ideas so powerful, that a just preference might have selected another Editor".[13]

Percebemos por este prisma o diálogo cientificista que se findava entre os pares no pensamento científico do século XIX. Segundo Lilia Schwarcz, além do aspecto racial, o reconhecido cientista Paul Broca "acreditava na tese da 'imutabilidade das raças' traçando, inclusive, paralelos entre o exemplo da não fertilidade da mula e

9. FLETCHER, 1891, p. 6.

10. Cf.: GALEANO, 2012, p. 721-742.

11. RAFDR, 1913 apud SCHWARCZ, 1993, p. 209.

12. Neste texto utilizamos as produções na versão inglesa. Esta nota é necessária tendo em vista a utilização de autores franceses e italianos.

13. BROCA, 1864, p. VIII-IX.

uma possível esterilidade do mulato".[14] O intelectual contribuiu também para o estudo do cérebro, em que desempenhou um importante esboço sobre a área do processamento da linguagem e da fala humana, não por acaso, na literatura médica contemporânea essa área do cérebro leva o nome de "Área de Broca".

A respeito dos avanços dos estudos do cérebro de Broca, notamos como o autor se debruçou para estudar os casos dos quais associou eventos de dificuldade de fala e linguagem a uma determinada área do cérebro. No artigo *Paul Broca's historic cases: high resolution MR imaging of the brains of Leborgne and Lelong*, os autores apontam "que a documentação cuidadosa de Broca foi fundamental para estabelecer a ligação importante entre o discurso do giro frontal inferior do hemisfério cerebral esquerdo".[15]

Os pesquisadores reconhecem os méritos de Broca no que tange a sua importância para os estudos porvindouros da compreensão do cérebro. Broca, como homem do seu tempo, pensava questões raciais com os elementos científicos que estavam disponíveis em meados do século XIX, não sendo possível apenas analisar o que foi "desconstruído" com o avanço científico do que cerne a raça, mas também em suas contribuições na área do cérebro humano, que colaborou e "amadureceu nos campos da neuropsicologia, fonoaudiologia, neurolinguística e cognitivas neurociência",[16] e que nem mesmo Broca "acreditaria que sua descoberta iria lançar tais explorações notáveis em funções do cérebro humano".[17] Ou seja, as contribuições de uma ciência de 140 anos atrás ainda em desenvolvimento.

No que concerne à antropologia criminalista, Broca assim como Alphonse Bertillon (1853-1914), aventuraram-se nas análises e classificação do corpo humano e na relação com o meio social. Broca acreditava nas diferenças anatômicas em relação às raças, devido principalmente à sua visão poligenista, que ganhava grande amplitude neste período. Para isso, vale lembrar suas memórias e sua referência ao estudo da antropologia, em que o autor permeia as discussões entre as "diferentes raças", como por exemplo, os indo-europeus, bem como as medições anatômicas.[18]

Nessa linha, pensamos os escritos de Alphonse Bertillon, que se dedicou nos cálculos anatômicos dos indivíduos. Segundo as medições, era possível diferenciar os sujeitos que, mesmo tendo algumas medidas em comum, não teriam todas. Para Diego Galeano, o método de identificação dos criminosos pendia a uma série de

14. SCHWARCZ, 1993, p. 67.
15. DRONJERS N. F, et al, 2007, p. 1433.
16. Idem, p. 1441.
17. Idem, ibidem.
18. Cf.: BROCA, 1871, p. 13-14.

falhas, em que seria possível burlar as leis e as identificações.[19] Inspirado no avanço de contemporâneos, como Broca e do belga Adolphe Quetelét[20] (1796-1874), Bertillon foi um entusiasta dos dados antropométricos. Entre suas crenças, acreditava que "por um lado, a fixidez quase absoluta da ossatura a partir do vigésimo ano de idade e, por outro, a diversidade extrema das dimensões entre os indivíduos".[21] Ele imaginava ser possível classificar[22] o corpo humano e acelerar o processo de identificação dos criminosos, sendo estes métodos mais rápidos e eficientes que os antecessores.

A obra de Bertillon, *Identification anthropométrique: Instructions signalétiques* (1893), evidencia a tentativa do autor nos registros antropométricos. Seus feitos por uma interpretação antropométrica geraram reconhecimento e expandiram-se para várias partes do mundo. Essas técnicas foram batizadas pelo chefe da nova escola médico-legal francesa, o professor Alexandre Lacassagne (1843-1924), de Lyon, como *bertillonnage.*[23] Desse modo, havia uma tentativa ainda nos anos finais do século XIX em repensar os aparatos científicos em torno da melhoria de padrões que, até então, desafiavam aquela ciência.

Em voga no período, essas medições estavam presentes na obra de Bertillon e, analisando as alterações morfológicas notamos as proximidades da temática, principalmente no que tange as formas do corpo. Bertillon analisa orelhas, nariz e testa, por exemplo, pois para ele, "La première de toutes les règles, le fondement de toute description, c'est la séparation, dans l'analyse, de la forme et de la dimension".[24] Cabe uma comparação com as análises de Cesare Lombroso em *Criminal Man* (1911b), do qual o autor realizou experimentos anatômicos. Segundo Lombroso, ao tratar das orelhas:

"The Ear. The external ear is often of large size; occasionally also it is smaller than the ears of normal individuals. Twenty-eight per cent, of criminals have han-

19. GALEANO, 2012, p. 721-742.

20. Cf.: BERTILLON, 1893, p. XXXV-XXXVI.

21. Idem, ibidem.

22. Galeano também relatou que "Bertillon estabeleceu uma técnica baseada em nove medições corporais: estatura, envergadura, altura do busto, comprimento e largura da cabeça, comprimento da orelha direita, comprimento do pé, dedo médio e antebraço esquerdo. Essas medições eram realizadas com instrumentos bem simples (precisava-se apenas de uma escala métrica fixa na parede, um tamborete, um cavalete e uma série de compassos), mas a precisão milimétrica de cada uma das medidas era essencial para o êxito da classificação". GALEANO, 2012, p. 728.

23. GALEANO, 2012, p. 731.

24. BERTILLON, 1893, p. XLIX.

dle-shaped ears standing out from the face as in the chimpanzee: in other cases they are placed at different levels. Frequently too, we find misshapen, flattened ears, devoid of helix, tragus, and anti-tragus, and with a protuberance on the upper part of the posterior margin (Darwin's tubercle), a relic of the pointed ear characteristic of apes. Anomalies are also found in the lobe, which in some cases adheres too closely to the face, or is of huge size as in the ancient Egyptians; in other cases, the lobe is entirely absent, or is atrophied till the ear assumes a form like that common to apes."[25]

Bertillon e Lombroso observaram na antropologia criminalista uma forma não somente de identificar criminosos, mas também de evitar que crimes fossem cometidos por meio de ferramentas científicas. Assim, identificando um criminoso e seu perfil anatômico seria possível manter um cadastro fiel, em que havendo casos de reincidências, a polícia teria um meio mais eficaz de ação. Estes autores permaneciam em diálogo e legitimidade nas ciências que desenvolviam.

2. AS ESCOLAS DE TURIM, PISA E NÁPOLES: RECONHECIMENTO NO ESTABELECIMENTO CIENTÍFICO

Neste segundo momento apresentaremos a importância das escolas italianas de antropologia criminalista ao passo que influenciaram pesquisadores de outros países e obtiveram um respaldo de legitimidade e diálogo no estabelecimento científico. Propomos nos próximos parágrafos uma ênfase nessas escolas e seus principais nomes em vista de identificar o discurso científico aliado aos debates da antropologia criminalista.

"The first outlines of this science arose in my mind and gradually took shape in a definite work".[26] Com um *status* de ciência, Lombroso define *Criminal Man* logo nas suas primeiras páginas da introdução. Pensamos aqui a disseminação e a dimensão que a antropologia criminalista ganhou não só na Itália, na chamada "escola criminalista italiana" – como o próprio Nina Rodrigues[27] a define –, mas também em todo o mundo. Não se deve esquecer que "tendo como pano de fundo a emergência do evolucionismo darwiniano a partir dos anos de 1860, cabia aos antropólogos físicos, sobretudo, o estudo e a classificação das 'raças humanas por meio de detalhadas caracterizações morfoanatômicas das várias partes do corpo".[28] A histo-

25. LOMBROSO, 1911b, p. 14-15.

26. Idem, p. XI.

27. Cf. dedicatória do autor em: RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938.

28. SOUZA; SANTOS, 2012, p. 639.

riadora Mariza Corrêa, em *As ilusões da liberdade*, pôde relatar a importância de Cesare Lombroso[29] como criador da escola italiana[30] e, deste modo, compreendemos a sua posição de liderança nesta corrente.

Mais adiante, Lombroso salienta o trabalho desenvolvido por outros cientistas que tiveram a preocupação com a causa da criminalidade, como os estudos de Enrico Ferri e sua ânsia em demonstrar os problemas da epilepsia para o homem. A obra em questão apresenta uma introdução riquíssima para estudos, que não somente delimita o progresso do conhecimento da criminalidade, como também é um desabafo para aqueles que vão contra a corrente das suas teses.

De tal modo, a chamada Escola de Antropologia Criminalista Italiana era uma referência para os estudos da antropologia criminal. Robert Fletcher (1891) apontou os principais nomes da escola mostrando como o grupo possuía vários membros e sua consolidação em um corpo acadêmico adepto à linha da criminologia. Além dos aqui citados E. Ferri (professor de direito penal na Universidade de Roma e membro do Parlamento Italiano) e R. Garofalo (professor de Direito e Processo Penal na Universidade de Nápoles), Fletcher identificou ainda outros personagens dessa escola, como é o caso de Marro (superintendente do Manicômio em Turim), Jacob Moleschott (professor de fisiologia na Universidade de Roma e senador do Parlamento Italiano), Virgilio (professor de psiquiatria da Aversa) e, finalmente, Bodio (diretor-geral de estatísticas).[31]

Esses nomes e seus respectivos cargos sugerem a importância da escola enquanto formadora intelectual no período. Ainda devemos notar a participação de homens no setor político como era o caso de Ferri e Moleschott que, respectivamente, eram membro e senador do Parlamento Italiano. Não é objetivo deste estudo traçar as características de cada um desses personagens[32] em suas peculiaridades e traje-

29. CORRÊA, 1998, p. 89.

30. Segundo a autora, "não satisfeito em pensar e medir o crânio e seu conteúdo, criou toda uma taxonomia de traços faciais e corporais, os estigmas, que permitissem detectar o que subsistia de nossos ancestrais primitivos nos homens e mulheres contemporâneos, levando-os ao crime e à loucura" (CORRÊA, 1998, p. 98).

31. FLETCHER, 1891, p. 5.

32. Fletcher ressalta outros nomes de relevância para esta escola de outras partes do mundo. Para não deixar lacunas as referências são: "In France, those Who have given a more or less qualified adherence to the new doctrines are: espine, Motet, Bordier, Ribot, Letourneau, Ch. Richet, Roussel, Lacassagne, Magitot, Brouardeal. In Austria, Benedikt, Flesch and Krafft-Ebing. In Germany, Virchow, Knecht and Listz. In England, Maudsley and Bruce Thomson from their writings are claimed as belonging to this school. In Spain, Portugal, and Russia, and in the Argentine Republic, some good work has also been done". FLETCHER, 1891, p. 5.

tórias. Reservamos o espaço para a discussão de dois representantes que exerceram grande influência na produção intelectual da antropologia criminalista, Ferri de Pisa e Garofalo de Nápoles.

Para estes dois, em especial, a concepção de criminalidade variava de acordo com as raças humana, e assim, por meio de observações e técnicas poderiam ser possíveis distinguir criminosos de não criminosos. Galeano aponta que a preocupação com a criminalidade no século XIX contribuiu para a assimilação de novas formas na tentativa de coibir essas práticas. Para o autor:

"O nascimento da antropometria judiciária deve ser explicado como parte desta linhagem, sem descuidar de sua conexão com uma trama singular de reformas no campo da justiça penal. Os últimos anos do século XIX conformaram uma época de 'mal-estar da segurança' (KALIFA, 1995, p. 235), durante os quais a inquietude com o aumento da criminalidade urbana parecia conquistar tudo: o saber médico, a literatura, o cinema, a imprensa de grande tiragem e seus folhetins populares. É preciso analisar a invenção do sistema antropométrico em diálogo com um amplo contexto de debates científicos sobre a questão criminal, onde as ideias de Bertillon conviveram com outros métodos para a documentação da identidade, em particular a técnica das impressões digitais (Caplan e Torpey, 2001; Noiriel, 2007; Piazza, 2005)."[33]

Nesse sentido, não há surpresas quanto a vontade dos cientistas da época em desenvolver novas técnicas de identificação de criminosos. Um movimento que buscava sanar os problemas da sua geração, alimentada por valores sociais e discursos ideológicos. Como salienta Stepan, cabe-nos uma análise nas atenções às visões da ciência como produto da cultura e da vida social.[34]

Um indício dessa afirmação foi a obra *Criminal Sociology*, de Ferri, que nos auxilia a entender o quadro do estudo da criminalidade no século XIX. Com certa rispidez, as palavras inaugurais da introdução de Ferri demonstram o grau que a escola da Antropologia Criminalista Italiana adentra na ordem do dia daquela ciência. Termos como "progresso" e "Consciência Científica" nos chamam a atenção para o que se entendia e o que se almejava nos objetivos na busca pela ciência. Em outras palavras, um novo método se estabelecia no cenário científico: a antropologia criminalista. Igualmente, notamos de início, o convencimento do próprio autor da função social da sua ciência, pois, para Ferri a Itália teria derramado novas interpretações sobre crime e criminoso e somente inimigos e vaidosos bajuladores, não reconheceriam esse progresso. Diante de tal afirmação, Ferri complementa que "A new departure in science is a simple phenomenon of nature, determined in its

33. GALEANO, 2012, p. 724.

34. STEPAN, 2005, p. 16.

origin and progress, like all such phenomena, by conditions of time and place",[35] sendo assim, a "Attention must be drawn to these conditions at the outset, for it is only by accurately defining them that the scientific conscience of the student of sociology is developed and confirmed."[36]

O discurso inicial de Ferri contempla aquilo que estamos dando prioridade como questão central: a legitimidade da ciência do século XIX. Portanto, em investigação do progresso e um despertar da ciência, compreendendo o que se passa dentro do âmbito social, Ferri procurou dar voz à escola da qual fez parte, ao mesmo tempo em que acreditava que a ciência era um caminho para atingir este progresso. E não porventura, Ferri observou nas ciências a possibilidade de reconstruir um retrato do criminoso. À vista dessa relação, o autor incita:

"The experimental philosophy of the latter half of our century, combined with human biology and psychology, and with the natural study of human society, had already produced an intellectual atmosphere decidedly favourable to a practical inquiry into the criminal manifestations of individual and social life".[37]

Podemos considerar as explicações ao longo de toda introdução como uma defesa à escola da Antropologia Criminalista Italiana, que com afinco, tinha a crença que estes métodos poderiam balancear o sistema penal, e lançar as teses para os temas que envolviam o crime e o criminoso. A sintonia dos diálogos dessa escola é presente na obra, e não demora a chamar Lombroso para o seu debate, bem como citar autores importantes, como por exemplo, Thomson e seus estudos psicológicos.[38]

A harmonia entre os diálogos vai além, Ferri destacou a importância de estudar o criminoso em todas as suas relações, no que concerne a fisionomia. Isto inclui desde o estudo das tatuagens no indivíduo, até suas doenças de nascimento ou contraídas. Nesse sentido, ao voltarmos nosso olhar ao soldado Misdea, ele se encaixaria nas análises de Ferri, afinal, as doenças interfeririam na dinâmica do indivíduo na sociedade, sendo estas um pressuposto para a criminalidade. Perceberemos assim, que o autor entendeu a necessidade do estudo dos mais variados graus como a criminalidade se apresenta ao indivíduo, inclusive, citando a importância da obra de Lombroso. Nesse aspecto Ferri diz, "but apart from these there is a class of occasional criminals, who do not exhibit, or who exhibit in slighter degrees, the anatomical, physiological, and psychological characteristics which constitute the type described by Lombroso as 'the criminal man'".[39]

35. FERRI, 1900, p. XV.
36. Idem, ibidem.
37. Idem, ibidem.
38. Idem, p. 3.
39. FERRI, 1900, p. 11.

Entre os métodos escolhidos para justificar suas pesquisas, Ferri fez uma comparação entre 711 soldados com 699 presos e condenados. O autor creditava que entre os primeiros, 32,2% eram absolutamente livres de anormalidades de qualquer espécie, mas os segundos giravam em torno de 10% apenas.[40] Por meio gráficos e estatísticos, buscava-se um padrão para a identificação dos criminosos. É constante percebermos nas obras dessa escola o uso quantitativo e as representações gráficas para classificação dos crimes e criminosos. A estatística era uma forte aliada dos estudiosos desse período.

Ferri considerou ainda as condições sociais como um indício da criminalidade. O soldado Lino de Nina Rodrigues, por exemplo, estaria alocado no entrelaçamento do uso do álcool e do crime. Rodrigues, ao debruçar-se sob o caso tem sua orientação teórica e metodológica, em especial, voltada a escola de Antropologia Criminalista Italiana. Ferri, que é agraciado com a dedicatória de Rodrigues, salientava que as condições casuais como bebidas contribuíam para os casos de criminalidade.[41] Percebemos assim, indícios da escola italiana em uma interpretação à brasileira.

O professor Raffaele Garofalo, de Nápoles, foi outro intelectual do período que se aventurou no discurso da escola positivista da antropologia criminalista. Na sua formação de direito, procurou estudar, entre outros, o problema do crime e da sentença, sob a tese de que cada indivíduo teria um tipo de punição, não sofrendo mais do que suas necessidades individuais que o cerquem. Estas teriam como meta a proteção da sociedade, e quem sabe, restaurá-lo para uma nova vivência no coletivo social.

Criminology (1914), talvez seja a obra que apresente uma compilação mais inerente à nossa proposta e que abarca a visão de Garofalo sobre os aspectos juristas e do indivíduo criminoso, inclusive sobre o aspecto moral e psicológico. Dessa forma, a ciência criminal buscava individualizar o tratamento penal, identificando dados que possam causar o crime. Visualizamos como o estudo da criminologia, e, sobretudo a lei, poderia ser um regulador social no contexto das desenfreadas causas da criminalidade do século XIX. Vale ressaltar o medo da criminalidade como um fator que assolava esta sociedade, em vista disso, podemos notar a citação do próprio Garofalo sobre o criminoso "Jack the Ripper", o famoso assassino em série que causou medo e tensão em Withechapel – Londres, no século XIX.[42]

No trato dos propensos criminosos, duas questões foram colocadas em pauta, a saber, a distinção entre condições patológicas associadas às doenças como a loucura, histeria, epilepsia e anomalias da moral, da qual Garofalo considera aqueles que

40. Cf.: FLETCHER, 1891, p. 8-9; FERRI, 1900, p. 12.

41. FERRI, 1900, p. 57.

42. GAROFALO, 1914, p. 80

possuíam alguma "the absence of the elementary moral instincts, and which is not a disease".[43]

No que compete à nossa análise, vale ressaltar a aproximação de Garofalo não apenas com Lombroso, mas também com Ferri, do qual dialogava e reavaliava seus estudos. Como exemplo, tomou em discordância a classificação de Ferri, que propõe dispor os criminosos em cinco classes: *(1) born criminals, (2) habitual criminals, (3) occasional criminals, (4) passionate criminals, and (5) insane criminals.*[44]

Independente das discussões do teor da interpretação antropológica do indivíduo que travaram na identificação moral de um criminoso, de fato, havia uma busca por um denominador comum nos estudos e um debate científico. No caso da classificação dos criminosos, a proposta de Garofolo seria entre "(1) typical criminals or murderers, (2) violent criminals, (3) criminals deficient in probity, and (4) lascivious criminals".[45] Pode-se observar também a preocupação do autor com o tipo de punição, que mediante a estas disposições, os indivíduos poderiam ser julgados com mais precisão e justiça. Neste ponto, aproveitamos para salientar o diálogo de Garofalo com Ferri, sobre a importância do Estado na participação da vida do indivíduo, podendo assim contribuir para que este não entre na criminalidade. Em referência, cita Ferri:

"Throughout all its legislative, economic, political, civil, administrative, and penal institutions, from the highest to the lowest, it should always be the object of the State to impart to the social organism such an adjustment that human activity may be thereby continually guided in a channel directly opposite to that of crime. This it may accomplish by giving individual energies the freest possible hand and at the same time diminishing temptations and occasions of crime".[46]

Nos dois casos analisados do diálogo entre Garofalo e Ferri, pode-se observar tanto a discordância em um método de classificação de criminosos, quanto a concordância nas maneiras de ver o papel do Estado. Isso nos chama a atenção na disseminação de um discurso científico e de cientistas pertencentes à escola italiana, que ao passo que debatem,[47] discordam e se complementam, constroem um pensamento da ciência corroborado por meio do avanço do que se conhecia na época, e que, no final do século XIX, ou mais tarde, seria exportado para outros países.

43. Idem, p. 96

44. Idem, p. 132.

45. Idem, p. 133.

46. FERRI, 1884 apud GAROFALO, 1914, p. 182.

47. A saber, o *Index do Author*, onde os autores mais citados na obra de Garofalo são: Ferri (16 páginas), Lombroso (em 17 páginas) e Tarde (29 páginas).

A partir disso, podemos relacionar as aproximações de uma ciência biológica voltada para os problemas sociais. Cesare Lombroso, no livro, *Crime: Its causes and remedies* serve-nos de base com sua perspectiva entre as áreas do conhecimento que dispunha, "what now lies before us is to complete and systematize these reforms in a final way, in accordance with the data of biology and sociology. It is this that I attempt to do in this book".[48] Entre a ciência e o direito, procurou não só a causa do crime, mas o criminoso. Não procurou analisar apenas os métodos de punição, mas o cuidado com esse indivíduo que, além de representar um mal para a sociedade, seria também um doente que deveria ser tratado.

Maurice Parmelee, autor de *Criminology* (1918), que se dedicou aos estudos da escola positivista da criminologia italiana, escreveu a introdução da versão inglesa de *Crime: its causes and remedies*, em que enfatizou a importância de Lombroso para o pioneirismo das análises da ciência com a criminologia. Este reconhecimento é confirmado nas palavras do autor:

"But whatever may have been his faults, Lombroso was the great pioneer whose original and versatile genius and aggressive personality led in the great movement towards the application of the positive, inductive methods of modern science to the problem of crime, and who stimulated, more than any other man, the development of the new science of criminology".[49]

Reconhecida por seus pares, a escola ganhou aderência no *status* social. Citamos recentemente a obra de Nina Rodrigues e como a escola italiana de criminologia foi uma das suas influências e o caso do soldado Lino ilustra nosso argumento. Lilia Schwarcz nos lembra da faculdade de direito da segunda metade do século XIX no Brasil e sua inclinação para com as questões da criminologia. Schwarcz cita a *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito* que no ano de 1893 enxergava que a nova escola de Lombroso, Garofalo e Ferri representavam "a modernidade no combate desse phenomeno tenebroso conhecido pelo nome de crime".[50] Por uma escola à brasileira, essas teorias teriam sua interpretação da escola criminalista adaptada às preocupações da realidade brasileira. O problema do mestiço, por exemplo, estava na pauta de discursos do século XIX e início do XX sobre seus problemas como "sub-raça". Para demonstrar a assiduidade dos debates entre essas escolas além das fronteiras italianas, tomamos por base o argumento de Corrêa ao analisar a leitura de Nina sobre Lombroso:

"A crítica que o determinismo estrito de Lombroso recebia já em sua época, a começar pelos próprios membros de seu grupo, como E. Ferri, levaria Nina Rodri-

48. LOMBROSO, 1911a, p. XXXVI.

49. Idem, p. XXXII.

50. RADFDR, 1893 apud SCHWARCZ, 1993, p. 209.

gues a incorporar outras perspectivas teóricas aos seus trabalhos, sem abandonar no entanto a suposição básica da hereditariedade como destino que informava a pesquisa de Lombroso e seus seguidores e que em maior ou menor grau era compartilhada por quase todos os cientistas da época".[51]

O período final da citação esclarece um dos nossos objetivos, pois a autora demonstra como a escola de criminologia italiana "era compartilhada por quase todos os cientistas da época". Em maior ou menor grau não nos cabe quantificar esta informação, mas ela nos ajuda a pensar a apropriação da dimensão que tomou para outros cientistas. Essa ideia é visualizada ao darmos conta dos escritos de Lombroso, Ferri e Garofalo sobre o problema da hibridização. Um debate que além da hibridização – e, sobretudo da raça – já fazia parte do cientificismo do século XIX. Para isso basta lembrarmo-nos de Francis Galton (1822-1911), reconhecido pai da eugenia e seus estudos sobre a hereditariedade,[52] que no campo da hereditariedade estabelecia suas contribuições com a ciência eugênica.

Na tentativa de compreender esse período histórico e das particularidades da escola de Lombroso, deve-se ressaltar um momento em que a ciência estava em pleno diálogo, buscando maneiras de atingir o social. Desconsiderar os olhares desses estudiosos e suas teses em comparação com o conhecimento contemporâneo é um equívoco interpretativo. Além da carência em entender os contextos históricos dos quais faziam parte é, também, ignorar a importância dos homens como sujeitos históricos do século XIX que contribuíram para o avanço da ciência no século XX.

3. O OLHAR PARA TRÁS E A INTERPRETAÇÃO DA CIÊNCIA NOS SEUS CONTEXTOS

No início deste artigo fizemos referência a dois estudos de casos envolvendo criminalidade e doença ou vícios sociais que estão presentes em nossas fontes: os soldados Misdea e Lino. As questões analisadas pelos que se dedicavam a antropologia criminalista, aos moldes da escola lombrosiana, permeada não só por doenças como a epilepsia ou pelo vício do álcool, mas também com relação aos temas relativos à raça, físico, hereditariedade e até à homossexualidade, são postas como vertentes para análises. Citar a homossexualidade, mesmo como objeto de exemplo, permite demonstrar que diversas maneiras de "condutas" poderiam ser interpretadas como crime.[53] A sociedade estaria rodeada por criminosos travestidos com

51. CORRÊA, 1998, p. 90.

52. Cf.: GALTON, 1892.

53. O item sobre homossexualidade foi citado por Lombroso (LOMBROSO, 1911a, p. 418) e em suma, separa homossexuais condicionados – celibato, por exemplo – dos que ele conside-

as mais diversas roupagens, portanto, não havia um foco único, mas vários. Destarte, boa parte das questões que norteavam o século XIX e XX eram tratadas de um ponto de vista médico ou jurídico. Não é de estranhar que no início do século XX estava nas mãos de juristas, eugenistas, sanitaristas e médicos, a vocação de "curar o Brasil" e "consertar os degenerados".

É visto ao longo da historiografia que este discurso científico foi utilizado não somente nas academias, mas também como um discurso ideológico de opressão e política. A ciência, como diz Stepan, possui uma imensa autoridade social no mundo moderno,[54] e sua utilização política vai ao encontro dos interesses daqueles que a governam. No rompimento dos paradigmas da ciência pela ciência, há a tendência de eliminar o discurso anterior por conta das novas interpretações, porém isso não o torna pseudocientífico.

Por este viés, tentamos traçar uma escola do século XIX, de homens comprometidos com o avanço do seu tempo, com seus métodos e teorias próprias que edificaram uma maneira de enxergar as indagações que se apresentavam, e que contribuíram para a ciência do período – como Broca nos estudos do cérebro – até o momento do aparecimento de novas abordagens científicas que respondessem a indagações anteriores. Visitar algumas propostas de Thomas Kuhn no trato entre História e Ciência em seus contextos pode reforçar nossos argumentos.

Como previa Kuhn, as indagações do historiador para com a ciência não devem se voltar apenas "quando certo elemento foi descoberto" ou "quando tal invenção foi criada", a acumulação da ciência não deve ser o prisma do historiador. Para ele, o historiador que se preocupa com esses conceitos está olhando do avesso para as observações fundamentais das duas áreas, assim:

"Esses mesmos historiadores confrontam-se com dificuldades crescentes para distinguir o componente 'científico' das observações e crenças passadas daquilo que seus predecessores rotularam prontamente de 'erro' e 'superstição'. Quanto mais cuidadosamente estudam, digamos a dinâmica aristotélica, a química flogística ou a termodinâmica calórica, tanto mais certos tornam-se de que, como um todo, as concepções de natureza outrora correntes não era nem menos científicas, nem menos o produto da idiossincrasia do que as atualmente em voga".[55]

---

ra nascidos "and who manifest their evil propensities from childhood without being determined by special causes. These should be confined from their youth, for they are a source of contagion and cause a great number of occasional criminals". LOMBROSO, 1911a, p. 418. Percebe-se a visão quanto a esta parcela da sociedade, que é tida como criminosos ocasionais por conta da sexualidade. Peter Fry, na obra *O que é homossexualidade*, explica que o homossexual era visto no século XIX como um indivíduo com problemas patológicos.

54. STEPAN, 2005, p. 17.

55. KUHN, 1998, p. 21.

O argumento de Kuhn fomenta a nossa ideia central sobre as correntes científicas mediante a análise de seus contextos de produção. Não apenas como subterfúgio da defesa de ideologias – que como a historiografia mostra, atendem a esta necessidade também –, mas em sua continuidade natural a partir das formulações do seu próprio espaço de tempo. A Escola de Antropologia Criminalista italiana toma este contorno de ciência do século XIX. Assim, ao invés de buscarmos o que a ciência trouxe de permanente, devemos procurar apresentar a "integridade histórica daquela ciência, a partir de sua própria época".[56] Em outras palavras, Kuhn ilustra com o exemplo de Galileu e sua ciência. Para o autor, não se deve perguntar "pela relação entre as concepções de Galileu e as da ciência moderna, mas antes *pela relação entre as concepções de Galileu e aquelas partilhadas por seus grupos, isto é, seus professores, contemporâneos e sucessores imediatos nas ciências*".[57]

Para o teórico "os que rejeitavam as teorias de Newton declaravam que sua confiança nas forças inatas faria a ciência voltar à Idade das Trevas". Já outros, diziam que eram contra "à Química de Lavoisier sustentavam que a rejeição dos 'princípios' químicos em favor dos elementos estudados no laboratório equivalia à rejeição das explicações químicas estabelecidas por parte daqueles que se refugiariam numa simples nomenclatura".[58]

Por isso, quando há uma quebra de antigos paradigmas, a ciência tende a descartá-los e desconsiderá-los em seu rigor, por consequência da nova interpretação científica, "daí decorre, em alguns casos, uma distorção drástica da percepção que o cientista possui do passado de sua disciplina".[59] Esta "distorção drástica" que Kuhn faz referência colabora para visualizarmos como as práticas da escola de criminologia italiana caíram em descrédito com a substituição dos paradigmas na posteridade. Contudo, para os historiadores, por exemplo, é possível enxergar além da interpretação, e analisar as rupturas e permanências de um modelo que mesmo substituído representava um contexto científico e social, pertinente para análise e compreensão. Destarte,

"O conhecimento científico, como a linguagem, é intrinsecamente a propriedade comum de um grupo ou então não é nada. Para compreendê-lo será necessário que saibamos as características especiais dos grupos que a criam e usam".[60]

O soldado Misdea estava inserido em uma preocupação médica que envolvia parte dos esforços do estudo da criminologia. Para Lombroso, o epiléptico era visto

56. Idem, p. 22.

57. Idem, p. 22. Grifos nossos.

58. Idem, p. 205.

59. KUHN, 1998, p. 209.

60. KUHN, 1974 apud CHAMLERS, 1993, p. 145.

como um insano moral, degenerado e completamente instável. Em sua análise, o autor diz que a "epilepsy has a disastrous effect on the character. It destroys the moral sense, causes irritability, alters the sensations through constant hallucinations and delusions, deadens the natural feelings or leads them into morbid channels".[61] Sendo assim, as ações criminosas eram naturalmente associadas à epilepsia, caso o indivíduo fosse diagnosticado com a doença. Considerando-o um doente e um degenerado outras questões eram impostas. Como a lei deveria se portar perante eles? Quais as formas de tratamento psíquico? Movê-los ou não para os chamados *Asylum*? Eram indagações pontuais que abrangiam essa ciência e a criminalidade da Escola Criminalista.

Analisando o cenário brasileiro, o soldado Lino era outro modelo das ideias importadas dessa escola por Nina Rodrigues. Para Lombroso, o usuário de bebidas alcoólicas poderia sofrer de um fator hereditário, ou seja, os indivíduos que fossem viciados contribuiriam para que seus filhos também possuíssem uma predisposição para o vício.[62] Por sua vez, Ferri salientava a conexão entre bebida e crime, que inclusive são maiores acentuadas em dias de "domingo e feriados",[63] e ainda que o álcool era prejudicial para a própria nação, "it cannot be maintained that alcohol, which is physically and morally injurious to individuals, is not hurtful to nations, which are but aggregates of individuals".[64] Na perspectiva de Garofalo, ele contestava o fato da lei em buscar punir a embriaguez dependendo do grau de consumo em que o indivíduo fosse encontrado, e que independente da embriaguez ele deveria ser capaz de ser punido pela lei mediante o ato cometido. Antes, era preciso verificar se o indivíduo havia disposição para o crime, e se a bebida apenas não teria acentuado o seu "estado criminoso"..[65] Para Nina, o soldado Lino não apresentava o que poderia se chamar de um "bêbado contumaz", apesar de beber muito. Havia outras características que teriam agravado o estado de Lino, afinal, ele era mestiço e possuía um "temperamento epiléptico".[66]

Um referencial para entendermos este quadro está no livro de Nina Rodrigues, *O alienado no direito civil brasileiro*, que defendeu a tese de que o estado de embriaguez não pode considerar os indivíduos como "loucos de todo o gênero", não sendo possível interditar o embriagado, pois não caracterizaria uma alienação mental.[67] Muito

61. LOMBROSO, 1911b, p. 62.
62. Idem, p. 138.
63. FERRI, 1990, p. 117.
64. Idem, p.119.
65. GAROFALO, 1914, p. 287-289.
66. RODRIGUES, 2008, p. 1170-1172.
67. RODRIGUES, 1939, p. 40-43.

mais que uma discussão sobre interditar ou não um alcoólatra, era preciso repensar as leis que deveriam definir o que era ou não palpável na interpretação de punição desses casos.

Portanto, as discussões que se desenvolviam nas escolas e sua respectiva importação para diversas partes do mundo, estabelecem a propriedade que elas representavam no debate científico. Pensando assim, Olívia Maria Gomes da Cunha, mostrou como essa ciência se estendeu na legitimidade dos anos de 1920 e 1930 no Brasil. Afrânio Peixoto, discípulo de Nina Rodrigues, foi "formado nas tradições da antropologia criminal de Lombroso e Ferri, Afrânio acreditava que a observação e a descrição dos traços físicos e comportamentais compunham quadros analíticos das individualidades".[68] Outro argumento que expõe a continuidade dessas ideias foi a criação do Laboratório de Antropologia Criminal, nos anos iniciais de 1930, que foi dirigido por Leonídio Ribeiro, o qual tinha como foco, entre outras, as relações entre a criminalidade e o biótipo de negros e homossexuais.[69] Assim, a pergunta não deve ser reduzida somente a legitimidade ou não dessas ciências, mas em qual atmosfera científica elas foram forjadas. Quais contextos (políticos, econômicos ou sociais) ela era chamada para representar determinados agentes e como ela estaria inserida no debate entre os pares.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nossa intenção ao longo do texto foi propor um debate que incitasse a reflexão para o historiador da maneira como ele investiga os paradigmas da ciência e suas relações com fatores políticos, econômicos e sociais. Fizemos isso por meio da análise da produção intelectual de cientistas como Lombroso, Ferri e Garofalo enquanto homens que buscavam o conhecimento científico. Lombroso e seus colaboradores não estavam marginalizados em seus estudos, pelo contrário, faziam parte de um grupo que se colocava em disputa de campo mediante outras escolas que procuravam no corpo humano respostas para problemas sociais. Dessa maneira é que o termo "escola", como usamos frequentemente, nos serve de apoio para mostrar uma disputa de "homens de(a) Ciência".

Não se trata em dizer que estes homens possuíam neutralidade, afinal, também foram produtos do seu tempo, mas perceber que é nesse contexto que a ciência que projetavam se desenvolvia para solucionar aquilo que consideravam como "problemas". Estas propostas carregam em si um negativismo pelas várias vezes que foram utilizadas como ferramenta de opressão ou genocídio de grupos justificados pelo cientificismo, entretanto, não acreditamos que exista somente este viés.

68. CUNHA, 2002, p. 265.

69. CORRÊA, 1998, p. 226.

Ao adentrarmos no mundo das teorias da Antropologia Criminalista Italiana tentamos possibilitar a compreensão do que consideramos equívocos de interpretação de alguns pesquisadores ao grafarem as teorias raciais, eugênicas, ou mesmo as medições antropométricas como mera "pseudociência". O conceito reduzido a este termo estabelece uma falsa legitimidade de suas ciências no próprio contexto em que ele foi forjado, o que, como vimos, parecia ser bem diferente. Universidades, leis, interpretações médicas e jurídicas se pautaram muitas vezes nas medições antropométricas e nos ensinamentos dessa escola. A necessidade de revisitar este conceito está justamente imbricada às novas interpretações, que devem ser feitas no trato com esta temática e com a própria História das Ciências.

Ademais, a escola criminalista não se reduziu a um pensamento recluso apenas na Itália, ela desenvolveu uma ciência que permaneceu em debate no seu tempo. Foi aceita em parcelas dos centros acadêmicos e sobreviveu por décadas. Suas análises, técnicas e instrumentalizações foram aplicadas em diversas corregedorias policiais de vários países, catálogos antropométricos foram criados e levados como uma real possibilidade de identificação criminosa e de legitimidade. Negar o *status* de ciência, reduzindo-a a uma "pseudociência", poderia negligenciar uma trajetória científica que mesmo substituída, iniciou pesquisas e investidas que contribuíram para as gerações seguintes. Leis foram discutidas e rediscutidas, as doenças, o indivíduo, tudo poderia ser preocupação da ciência. Maniqueístas ou não, condizem com uma ciência produzida por um contexto delimitado pelo tempo. Sendo assim, o que nossa sociedade pode considerar hoje o soldado Misdea como um doente, e o soldado Lino como um viciado, no século XIX ambos eram um problema médico-legal e que, faziam parte das preocupações daquela sociedade com a disponibilidade científica, médica, jurídica que obtinham. Qualquer olhar para o passado julgando uma ciência em formação como pseudociência, seria no mínimo, um anacronismo para o historiador.

5. FONTES

FERRI, Enrico. *Criminal sociology*. New York: D.Appleton and company, 1900.

FLETCHER, Robert. *The new school of criminal anthropology*. Washington: Judd & Detweiler Printers, 1891.

GALTON, Francis. *Hereditary Genius*. London: Macmillan and CO, 1892.

GAROFALO, R. *Criminology*. Boston: Litte, Brown and Company, 1914.

LOMBROSO, Cesare. *Crime: its causes and remedies*. London: Willian Heinemann, 1911a.

_____. *Criminal man*. New York: The Knickerbockers Press, 1911b.

PARMELEE, Maurice. *Criminology*. New York: The Macmillan Company, 1918.

RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938.

_____. Mestiçagem, degenerescência e crime. *História Ciências Saúde – Manguinhos* [online]. vol. 15. n. 4. p. 1151-1180. 2008.

_____. *O alienado no direito civil brasileiro*. São Paulo: Nacional, 1939.

_____. *Os africanos no Brasil*. São Paulo: Madras, 2008.

6. BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BERTILLON, Alphonse. *Identification anthropométrique*. Instructions signalétiques. Melun: Imprimerie Administrative, 1893.

BROCA, Paul. *Memoires d'anthropologie*. Paris: Libraires-èditeurs, 1871.

_____. On the phenomena of hybridity in the genus homo. London, C. Carter Blanke, 1864.

CHAMLERS, Alan. *O que é ciência afinal?* São Paulo: Editora Brasiliense, 1993.

CORRÊA, Mariza. *As ilusões da liberdade: a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil*. Bragança Paulista: EDUSF, 1998.

CUNHA, Olívia Maria Gomes da. *Intenção e gesto: pessoa, cor e a produção cotidiana da (in)diferença no Rio de Janeiro, 1927-1942*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2002.

DRONJERS N. F; PLAISANT, O; IBA-ZIZEN, M. T; CABANIS, E. A. Paul Broca's historic cases: high resolution MR imaging of the brains of Leborgne and Lelong. *Brain*. vol. 130. p. 1432-1441. 2007.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

GALEANO, Diego. Identidade cifrada no corpo: o bertillonnage e o gabinete antropométrico na polícia do Rio de Janeiro, 1894-1903. *Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi. Ciências Humanas* [online]. vol. 7. n. 3. p. 721-742. 2012.

GOMES, Ana Carolina Vimieiro. A emergência da biotipologia no Brasil: medir e classificar a morfologia, a fisiologia e o temperamento do brasileiro na década de 1930. *Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi. Ciências Humanas* [online]. vol. 7. n. 3. p. 705-719. 2012.

_____. *Um programa de "scencia do Brazil": a inserção da fisiologia experimental na agenda científica brasileira em fins do século XIX (1880-1889)*. Tese de Doutorado, Minas Gerais, UFMG, 2009.

HOBSBAWM, Eric J. *Nação e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SOUZA, Vanderlei Sebastião de; SANTOS, Ricardo Ventura. Corpos, medidas e nação: antropologia física na capital da República brasileira na primeira metade do século XX. *Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi. Ciências Humanas*. vol. 7. n. 3. p. 639-643.2012.

STEPAN, Nancy Leys. *A hora da eugenia: raça, gênero e nação na América Latina*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A antropologia criminal no Brasil nas obras de Candido Nogueira da Motta e Raimundo Nina Rodrigues, de Celso Eduardo Faria Coracini – *RBCCrim* 41/179-205 (DTR\2003\5);
- O homicídio e a dádiva: um exemplo de distanciamento entre antropologia e direito, de Bruno Shimizu – *RBCCrim* 77/203-218 (DTR\2009\179); e
- Teoria da perigosidade criminal, de Bruno Aníbal – *RT* 779/751-776, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/37-71 (DTR\2000\640).