ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 23 • vol. 115 • jul.-ago. / 2015

Coordenação
Marina Pinhão Coelho Araújo

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 23 • vol. 115 • jul.-ago. / 2015

Presidência
ANDRE PIRES DE ANDRADE KEHDI

Coordenação
MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO

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

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial
MARISA HARMS

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

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

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

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

e-mail para submissão de originais
revista@ibccrim.org.br ou aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso site
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [08-2015]
Profissional
Fechamento desta edição: [11.08.2015]

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2015/2016

Diretoria Executiva

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

Conselho Consultivo

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

Ouvidor

Yuri Felix

Suplentes da Diretoria Executiva

André Adriano Nascimento da Silva
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

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

Comissão Especial IBCCrim – Coimbra

Presidente
Beatriz Dias Rizzo

Secretário-geral
Rafael de Souza Lira

Sumário

Teoria Geral

O princípio da ofensividade nos julgados do Supremo Tribunal Federal: uma análise do (des)conhecimento da defesa de bens jurídicos enquanto princípio formador do direito penal

The offensiveness principle in the Federal Supreme Court's judged: an analysis of (un) knowledge of the legal defense of legal interest as a principle builder of Criminal Law

Décio Franco David 17

Processo Penal

A revolução processual penal da Corte Warren: o fracasso político de um sucesso jurídico

The Warren Court's criminal procedure revolution: the political failure of a juridical success

Bruno Heringer Júnior 61

Meios de prova dos componentes empíricos do dolo, os volitivos e os cognitivos

Evidence of empirical components of criminal intent

Pedro Jorge Costa 83

Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica

Law 12.402/2011 – A jurisprudential study of application of the precautionary measures different from prison under the Superior Courts: a jurimetric approach

Pedro Machado de Almeida Castro 109

Processo e tragédia: A sentença penal como *locus* da crise sacrificial

Procedure and tragedy: The criminal sentence as locus *of the sacrificial crisis*

Raphael Boldt e Thiago Fabres de Carvalho 141

O STF e a prisão no processo extradicional brasileiro: uma releitura contemporânea

The Brazilian Supreme Court and the provisional arrest in extradition matters: a new contemporary reading

YURI SAHIONE PUGLIESE 167

CRIME E SOCIEDADE

Terrorismo: uma aproximação conceitual

Terrorism: a conceptual approximation

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI E RAUL MARQUES LINHARES 195

A construção social do medo do crime e a violência urbana no Brasil

The social construction of fear of crime in Brazil

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO 221

Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg

The harm principle and its reflections on criminal law: an interpretation based on Joel Feinberg

JOÃO PAULO ORSINI MARTINELLI, JOSÉ DANILO TAVARES LOBATO E HUMBERTO SOUZA SANTOS 255

As respostas do direito e da política às jornadas de junho: uma análise da judicialização e do processo de criminalização na Cidade de Porto Alegre

The response of the legal and political systems in relation to the june protests: an analysis of legalization and the criminalization process in the City of Porto Alegre

RENATA ALMEIDA DA COSTA, ALEXANDRE FLECK SOARES BRANDÃO E GERMANO SCHWARTZ 291

SISTEMA PRISIONAL

Percepções sobre o direito de visita no Presídio Central de Porto Alegre

Perceptions of the right of visit at the Central Prison of Porto Alegre

DANI RUDNICKI E CARLA CRISTIANE DIAS DOS SANTOS 311

DIREITO PENAL ECONÔMICO

A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo

The applicability of the sanctions provided in the Anti-Corruption Business Law (Federal Law 12.846/2013): an analysis on the basis of frauds involving the Subway of São Paulo

CAMILA RODRIGUES FORIGO E OKSANDRO OSDIVAL GONÇALVES 337

Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05

Capital flight as a predicate offense for money laundry: a paper on the perspective of the legal interest protected by art. 22, caput, *of Law 7.492/1986 regarding the new regulatory system for the brazilian exchange market, introduced by the brazilian central bank's Circular Letter 3.280/05*

DANIEL GERSTLER 369

Lavagem de dinheiro: a tutela penal sobre a transparência da ordem econômica

Money laundry: the applicability of criminal law on the transparency of the economic order

TAPIR ROCHA NETO 393

HISTÓRIA DO DIREITO PENAL

A influência do liberalismo no sistema jurídico-policial durante a formação do Estado Nacional Brasileiro

The influence of the liberalism in the juridical system during the making of the National Brazilian State

VINICIUS BANDERA 415

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. Acórdão

Habeas Corpus – Writ substitutivo de recurso extraordinário – Competência do Supremo Tribunal Federal composta por rol taxativo, que não abrange a hipótese em apreço 445

2. Decisão Monocrática

Ação Penal – Trancamento – Peça acusatória instruída com subsídios informativos suficientes

Comentário por GABRIEL BARMAK SZEMERE: *A restrição dos* habeas corpus *pelo STF resolve o problema do excesso de trabalho do Tribunal ou apenas agrava o cenário de injustiça das vítimas do Poder Judiciário?* 451

RESENHA

El ódio discriminatório como agravante penal – Sentido y alcance del artículo 22.4.ª CP, de Juan Alberto Díaz López

Resenha por MARIA LUIZA GORGA 461

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 465

TEMAS 467

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 471

82190

A REVOLUÇÃO PROCESSUAL PENAL DA CORTE WARREN: O FRACASSO POLÍTICO DE UM SUCESSO JURÍDICO

THE WARREN COURT'S CRIMINAL PROCEDURE REVOLUTION: THE POLITICAL FAILURE OF A JURIDICAL SUCCESS

BRUNO HERINGER JÚNIOR

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, RS. Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito e Coordenador da Especialização em Direito Penal e Processual da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Promotor de Justiça em Porto Alegre, RS.
brunoheringerjr@terra.com.br

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal; Internacional

RESUMO: A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, durante a presidência do Juiz Earl Warren, promoveu uma revolução processual penal, ao consagrar uma série de direitos e garantias individuais que limitaram a atuação policial e circunscreveram o procedimento penal. Apesar do sucesso jurídico alcançado, as decisões da época, as quais não chegaram a constituir uma inovação radicalmente contramajoritária, como se supunha, acabaram por contribuir para alavancar um movimento regressivo que apenas exacerbou os problemas que o tribunal buscara solucionar.

PALAVRAS-CHAVE: Estados Unidos da América – Suprema Corte – Era Warren – Revolução processual penal – Cidadania.

ABSTRACT: During the presidency of Earl Warren, the Supreme Court of the United States promoted a criminal procedure revolution, by establishing a series of individual rights and guarantees that limited police action and circumscribed penal prosecution. Despite the juridical success, the decisions of the time, which did not come to be a radically countermajoritarian innovation, as was supposed, eventually contributed to launch a regressive movement that only exacerbated the problems that the court sought to resolve.

KEYWORDS: United States of America – Supreme Court – Warren Era – Criminal procedure revolution – Citizenship.

SUMÁRIO: Introdução – 1. A jurisprudência criminal da Suprema Corte norte-americana na Era Warren – 2. O retrocesso político decorrente da revolução processual penal – Considerações finais – Referências bibliográficas.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. A revolução processual penal da Corte Warren: o fracasso político de um sucesso jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 61-81. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

INTRODUÇÃO

Foi nos Estados Unidos da América que nasceu o controle judicial da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos governamentais, modelo após replicado mundo afora. O famoso caso *Marbury v. Madison*,[1] de 1803, estabeleceu as bases jurídicas do *judicial review*, conferindo à Suprema Corte daquele país um destacado papel no enfrentamento das mais relevantes questões surgidas ao longo de sua história.

Durante a década de 1960, uma série de decisões relativas a casos penais conformou o que veio a ser considerada uma *Criminal Procedure Revolution*, com a imposição de limitações normativas à atuação policial e à persecução penal de infratores. Liderada pelo *justice* Earl Warren, a Suprema Corte, como nunca antes, passou a ser vista como uma agência que exercia um importante controle contramajoritário dos demais poderes do Estado, com vistas à promoção do progresso civilizacional da comunidade.

Meio século após, contudo, novos estudos têm apontado que a jurisprudência criminal construída à época contava, diferentemente do se supunha, com relevante apoio político e social, a retirar-lhe o caráter heroico. Mais ainda, tem-se indicado que a preocupação normativa dos juízes em limitar a atuação estatal de controle do delito acabou por contribuir para o surgimento de um movimento punitivo regressivo que transformou os Estados Unidos no país com a maior população carcerária do mundo, sem resolver os problemas de tratamento discriminatório a que se propunha.

Avaliar essa revolução jurídico-penal e, ao mesmo tempo, político-criminal, apontando seus acertos e erros, é a tarefa a que se destina este trabalho, o qual se espera possa lançar alguma luz sobre dilemas similares enfrentados hoje pelo Brasil.

1. A JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA NA ERA WARREN

Earl Warren tornou-se *chief justice* da Suprema Corte em outubro de 1953, tendo exercido essa função até junho de 1969. Nesse período, o tribunal decidiu alguns dos casos mais importantes de sua história, geralmente vinculados ao movimento pelos direitos civis que vinha sacudindo a nação norte-americana.

1. NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. 6. ed. St. Paul: West Group, 2000. p. 1-21.

No que toca ao processo penal, a *Warren Court* promoveu o que chegou a ser considerada uma verdadeira revolução, devido à elaboração normativa de severas restrições à atividade estatal de repressão ao crime.

À época, a preocupação dos grupos mais progressistas era com a arbitrariedade policial e com a extrema desigualdade que comprometia os procedimentos criminais, decorrente da acentuada perseguição de negros, de pobres e de pessoas com baixa instrução. Já que a maioria das emendas constitucionais existentes não tinha aplicação nos estados, a atividade corretiva da Suprema Corte era extremamente limitada, o que a impedia de impor maior controle jurídico às fases judicial e extrajudicial da persecução penal.

Notícias de abusos de agentes encarregados do *law enforcement*, bem como de ofensas à ampla defesa nos feitos criminais eram constantes, mas o tribunal apenas exercia uma vigilância pontual, caso a caso, sem conseguir empreender uma doutrina mais consistente que viesse a orientar os órgãos governamentais encarregados de tais atividades.

Enquanto aos casos criminais federais era aplicado o *Bill of Rights* em sua integralidade, aos casos criminais estaduais apenas se impunha a proteção do *due process of law*, constante da 14.ª Emenda, cláusula que assegurava aos acusados ao menos uma *fundamental fairness*,[2] mas sem o alcance das demais emendas. Assim, como os delitos federais nunca somaram mais que 2% de todos os processos,[3] a imensa maioria dos acusados via-se desamparada juridicamente, contando somente com eventuais direitos e garantias concedidos no âmbito estadual.

Para obviar a este estado das coisas, a *Warren Court* promoveu a constitucionalização do processo penal, a partir de uma série de decisões que conferiram novos contornos às normas contidas no *Bill of Rights*, com o objetivo de corrigir distorções existentes na resposta oficial ao delito. Arrancando de uma novel interpretação da 14.ª Emenda, editada em 1833, prevendo as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção, a Suprema Corte promoveu a nacionalização do processo penal com contornos constitucionais, estendendo aos estados as cláusulas relativas à liberdade de expressão, à garantia contra buscas e detenções não razoáveis, às regras de exclusão de provas, à garantia contra a autoincriminação, ao direito a não ser julgado mais de uma vez pelo mesmo fato, ao direito a defesa técnica por advogado, ao direito a um julga-

2. LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *Criminal Procedure*. 3. ed. St. Paul: West Group, 2000. p. 55-65.

3. FRIEDMAN, Lawrence M. *Crime and punishment in american history*. New York: Basic Books, 1993. p. 265-267.

mento rápido e público, ao direito de confrontar testemunhas e de compeli-las a depor, à garantia de um júri imparcial, à garantia contra punições cruéis ou incomuns, previstos na 1.ª, 4.ª, 5.ª 6.ª e 8.ª Emendas, além da proteção contra persecuções seletivas.[4]

O objetivo foi erigir um conjunto de normas que regulamentassem o comportamento dos agentes integrantes do sistema de controle do crime,[5] cercando, desse modo, o procedimento penal, desde sua fase investigativa, com limites normativos que visavam a coibir abusos que viessem a prejudicar os eventuais acusados, tudo isso na busca de um julgamento mais justo.

Como sugere Corinna Barrett Lain,[6] são cinco os casos penais mais representativos da Era Warren: *Mapp v. Ohio*, *Gideon v. Wainwright*, *Miranda v. Arizona*, *Katz v. United States* e *Terry v. Ohio*.[7]

O caso *Mapp v. Ohio*, de 1961, é considerado o ponto de decolagem da revolução processual penal. Trata-se do julgamento de Dollree Mapp por posse de material pornográfico. Moradora de Cleveland, Mapp foi procurada por policiais que suspeitavam de que ela estaria abrigando um criminoso. Ao pedirem para entrar na casa, Mapp, após contatar seu advogado por telefone, negou-se a abrir a porta, a menos que os policiais apresentassem um mandado. A despeito disso, os agentes entraram pela porta dos fundos e, após instados, mostraram à mulher uma folha de papel, que referiram ser a ordem judicial. Ela, então, tomou o documento das mãos do policial que o segurava, razão pela qual foi detida por resistência e teve a casa revistada, ocasião em que o material pornográfico foi encontrado. Após, ficou-se sabendo que os agentes não dispunham de nenhuma autorização judicial para legitimar a sua atuação.

---

4. LIPPMAN, Matthew. *Criminal Procedure*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2011. p. 32-45.

5. STUNTZ, William J. The uneasy relationship between criminal procedure and criminal justice. *The Yale Law Journal* 107/1-76, 1997/1998.

6. LAIN, Corinna Barrett. Countermajoritarian hero ou zero? Rethinking the Warren Court role in the criminal procedure revolution. *University of Pennsylvania Law Review* 152/1361-1452, , 2004. No que segue, a descrição dos casos é feita com base na obra desta autora e nas de Matthew Lippman citada na nota 3, p. 63-66,100-104, 313-316, 326-328, 404-409 e 510-511, e de WEINREB, Lloyd L. *Leading constitutional cases on criminal justice*. St. Paul: Foundation Press, 2013. p. 298-311, 392-406, 517-522, 582-585 e 733-751.

7. Outros casos importantes foram *Griffin v. Illinois*, *Escobedo v. Illinois*, *Malloy v. Hogan* e *Massiah v. United States* (THOMSON, James A. Capturing the future: Earl Warren and Supreme Court history. *Tulsa Law Review* 32/843-878, 1997).

Mesmo assim, Mapp acabou condenada à pena de um a sete anos de prisão, pois, à época, a exigência de mandado para as buscas e apreensões policiais inexistia em Ohio, com base no entendimento da Suprema Corte, consolidado em *Wolf v. Colorado*, de 1949, de que as regras de exclusão da prova eram de observância facultativa pelos estados. Assim, nada impedia que a sentença fosse fundamentada em provas obtidas ilegalmente.

Apreciando o caso, a Suprema Corte, por maioria de seis a três, reverteu a decisão, ao argumento de que as regras de exclusão da prova, decorrentes da 4.ª Emenda, eram de observação obrigatória pelos estados, vez que integrantes da cláusula do devido processo legal inserta na 14.ª Emenda.

A segunda decisão histórica é *Gideon v. Wainwright*, de 1963, através da qual a Suprema Corte incorporou aos estados a 6.ª Emenda, que assegura o direito de o acusado indigente ser assistido por advogado nomeado pelo poder público em caso de crimes graves (*felonies*).

Gideon pode ser tido como um dos mais relevantes julgamentos dos Estados Unidos, por conferir aos acusados um direito fundamental, sem o qual os demais não podem ser exercidos com adequação e efetividade, e por entranhar um elevado impacto administrativo-financeiro, já que a imensa maioria dos réus é pobre.

Clarence Eart Gideon era um desviado de 51 anos de idade, com baixa instrução e alguns antecedentes criminais, quando arrombou e invadiu uma sala de bilhar em Panama City, na Florida. Processado criminalmente pela ocorrência, solicitou à Justiça que lhe fosse nomeado um advogado de defesa, o que foi negado. Ao final, restou condenado a cinco anos de cadeia. Da prisão, Gideon pessoalmente elaborou sua apelação, a qual acabou sendo acolhida, unanimemente, pela Suprema Corte.

Sem embargo disso, certamente é a decisão do caso *Miranda v. Arizona*, de 1966, a mais famosa de todas as tomadas no período relativamente a essa matéria e também a que mais se aproxima do *countermajoritarian heroism* que se atribui ao controle judicial da constitucionalidade dos atos governamentais.

O problema enfrentado nesse julgamento foi o das confissões ilegalmente obtidas pela polícia. Já em 1936, no caso *Brown v. Mississippi*, a Suprema Corte havia debatido a questão relativa aos interrogatórios policiais forçados, conhecidos como *third degree* (coleta de declaração mediante tortura), tendo estabelecido um padrão de voluntariedade para a admissão de confissões extrajudiciais. O alcance limitado da decisão, porém, não impediu que a polícia continuasse a obter ilegalmente declarações de suspeitos, apenas deixando de revelar os meios utilizados durante o interrogatório.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. A revolução processual penal da Corte Warren: o fracasso político de um sucesso jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 61-81. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Anos após, em 1964, no caso *Escobedo v. Illinois*, o tribunal voltou a enfrentar a matéria, tendo determinado que a polícia não poderia impedir que um suspeito, se o requeresse, consultasse seu advogado antes de prestar depoimento. Da mesma forma que *Brown*, esta decisão também não apresentou consequências práticas mais importantes, pois os estados a interpretaram como aplicável apenas a acusados que expressamente pedissem para consultar seus advogados contratados, o que não beneficiava a maioria deles, vez que indigentes.

Devido à insuficiência das orientações anteriores, a Suprema Corte, no caso *Miranda*, optou por erigir uma regra diferente: a partir de uma novel interpretação da 5.ª Emenda, de observância indeclinável pelos estados também, os juízes concluíram pela obrigatoriedade de a polícia, antes do interrogatório, advertir o suspeito de seu direito a permanecer calado e de consultar um advogado, inclusive indicado pelo Poder Público, se não tivesse condições de contratar um. A advertência ficou conhecida como as *Miranda warnings*.

A pequena margem de aprovação da decisão – maioria de cinco a quatro – evidencia a disputa ideológica entre liberais e conservadores que orientou o caso. Fora do tribunal, aliás, *Miranda* pareceu tão impopular, que provocou manifestações de policiais e até mesmo a tentativa de sua revogação pelo Congresso.

Em dezembro de 1967, o tribunal decidiu *Katz v. United States*, conferindo uma nova intepretação à 4.ª Emenda, no sentido de assegurar expectativa pessoal de privacidade, não apenas voltada à proteção da propriedade, como até então se vinha entendendo. O caso foi o seguinte: Charles Katz foi visto em Los Angeles, California, efetuando seguidas ligações de uma cabine telefônica. Desconfiados da atitude dele, agentes do FBI colocaram microfones com gravadores de áudio em duas das cabines, procedimento que lhes permitiu colher informações sobre a prática de eventuais infrações ligadas a jogos e apostas ilegais. Dando continuidade à investigação, um policial alugou uma sala ao lado do apartamento do suspeito, de onde conseguiu colher mais evidências dos delitos, fazendo anotação das conversas que escutava através da parede. Munidos de tais indícios, os agentes do FBI obtiveram um mandado judicial de busca, com o que ingressaram na residência de Katz e apreenderam inúmeros objetos ligados aos crimes por ele praticados. Processado, Katz foi condenado, tendo sido utilizadas as evidências colhidas com as escutas realizadas nas cabines telefônicas. As provas foram consideradas legais porque não teria havido qualquer intrusão em propriedade particular do acusado pelos policiais.

A Suprema Corte, no entanto, discordou do entendimento do Tribunal de Apelação, estendendo a proteção da privacidade para além das violações aos

property rights, como estava assentado pela jurisprudência desde *Olmstead v. United States*, de 1928: segundo se referiu no julgamento, a 4.ª Emenda protegeria pessoas, não lugares. Desde então, qualquer medida investigativa que atente contra o direito à privacidade do suspeito deve ser precedida de mandado judicial para ser realizada.

Finalmente, no julgamento de *Terry v. Ohio*, de 1968, a Corte Warren teve que decidir sobre a legitimidade das práticas policiais de parar e revistar (*stop and frisk*) suspeitos na rua. Ativistas liberais sustentavam que as garantias da 4.ª Emenda, aplicáveis aos casos de busca e apreensão (*search and seizure*), também se estendiam às abordagens pessoais, razão pela qual somente poderiam ser realizadas se houvesse uma causa provável (*probable cause*) para tanto. A importância do julgamento decorria do fato de que a imensa maioria das pessoas sujeitas às revistas policiais era moradora de bairros pobres ou integrante de minorias raciais, a demonstrar o caráter discriminatório da prática.

Apesar de entender aplicável a 4ª Emenda às atividades de *stop and frisk*, o tribunal, contudo, em flagrante concessão ao governo, decidiu que não era necessária a existência de causa provável, bastando a fundada suspeita (*unusual misconduct*) para a abordagem.

No caso julgado, John W. Terry havia sido condenado à pena de um a três anos de prisão, por ter sido, junto com mais dois parceiros, flagrado portando ilegalmente um revólver com munição. Um policial, em Cleveland, durante uma patrulha pela tarde, verificou que dois homens estavam em atitude suspeita em uma esquina, conversando e caminhando até uma loja várias vezes, em frente à qual paravam e olhavam para o seu interior; após, um terceiro indivíduo apareceu e juntou-se aos outros dois. O agente resolveu abordá-los, quando estavam os três em frente a um estabelecimento comercial, tendo encontrado uma arma com Terry e outra com Chilton, que o acompanhava.

Julgando a apelação de Terry, a Suprema Corte, apesar de entender aplicável a norma da 4.ª Emenda às revistas policiais, não reverteu a condenação, ao argumento de que a atuação do agente público havia sido legítima, já que não se exigia causa provável para esse tipo de diligência.

Sem dúvida, todas foram decisões históricas. Entretanto, ainda que a jurisprudência criminal da época possa ter importado em um rompimento com a até então dominante na Corte, na direção de um maior ativismo judicial, mesmo assim o papel dos magistrados não chegou, ao contrário do que se alardeou, a atingir o patamar de um heroísmo contramajoritário. Revisões doutrinárias do contexto político e social em que as decisões foram tomadas revelam que os juízes, em geral, reproduziram as sensibilidades do momento, apesar da divisão ideológica entre liberais e conservadores. Mais ainda, em

HERINGER JÚNIOR, Bruno. A revolução processual penal da Corte Warren: o fracasso político de um sucesso jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 61-81. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

alguns dos julgamentos, o entendimento sufragado pode mesmo ser tido como conservador,[8] se consideradas todas as tendências então existentes.

Antes de tudo, convém acentuar que o país vivia sob a influência do movimento pelos direitos civis,[9] o qual já havia conseguido encaminhar o debate em outras arenas de muitas das questões que a Corte vinha enfrentando. Isso, de certa forma, facilitou o trabalho dos *justices*, pois os problemas relativos às arbitrariedades policiais e à discriminação racial, entre outros, já contavam com acolhida na opinião pública, a qual se mostrava de certa forma suscetível à mudança.

Aspectos particulares de cada um dos casos julgados, como evidencia o estudo de Corinna Barrett Lain,[10] também indicam que o apoio à inovação jurisprudencial foi bem maior do que se imaginava à época.

O caso *Mapp*, por exemplo, que incorporou aos estados as regras de exclusão da prova, foi decidido quando a cláusula já vinha sendo adotada espontaneamente pelos estados, pela via judicial ou legal, tanto que não mais que oito deles – entre os quais Ohio – ainda não a haviam acolhido.

Da mesma forma, quando o tribunal julgou o caso *Gideon* apenas cinco estados ainda não garantiam a indicação de advogado para acusados indigentes em crimes graves. Além disso, nada menos que vinte e dois promotores-gerais de estados apoiaram a causa na Suprema Corte como *amicus curiae*. E até mesmo uma comissão criada durante a presidência de John Kennedy para avaliar a Justiça criminal federal já havia sugerido a criação de fundo para o custeio de defensores para réus pobres. Tão popular foi esta decisão que a conservadora Corte Burger, na década de 1970, acabou por estender a garantia também aos acusados de crimes leves (*misdemeanors*) passíveis de encarceramento.

Algumas enquetes realizadas por institutos de pesquisa apuraram que a decisão do caso *Miranda* era amplamente impopular à época. Entretanto, as perguntas formuladas padeciam de imprecisão metodológica, o que compromete de alguma forma o seu resultado. Já outra consulta popular, realizada pelo *National Opinion Research Center*, ainda em 1966, com questionamento mais científico, apurou que 65% dos pesquisados apoiavam o entendimento

8. Existem autores que até mesmo atribuem um perfil conservador à jurisprudência da Corte Warren em geral, como Justin Drive, The constitutional conservatism of the Warren Court, *California Law Review*, vol. 100, n. 5, p. 1101-1168, 2012.

9. JOHNSON, Paul. *A history of american people*. New York: Harper Perennial, 1999. p. 891-894.

10. LAIN, Corinna Barrett. *Op. cit.*

da Suprema Corte. Não bastasse isso, advertências similares a *Miranda* já vinham sendo adotadas pelos FBI há tempo. Os juízes, assim, não se distanciaram do pensamento médio, apesar de terem gerado algumas insurgências em setores pontuais, como o policial. Mais surpreendentemente ainda, a decisão pouco teve de revolucionária, pois o *Model Code of Pre-Arraignment Procedures*, formulado pelo *American Law Institute* e endossado pela *American Bar Association* e pela *National Crime Commission*, previa, além da advertência, que a ação policial deveria ser gravada e que o suspeito que tivesse dispensado a presença de advogado não poderia, mesmo assim, ser interrogado por mais de quatro horas.

Também *Katz v. United States* não pode ser considerada uma decisão corajosamente inovadora. Com efeito, a evolução da jurisprudência da Corte já vinha apontando para a necessidade de estender-se a proteção da privacidade para além dos direitos de propriedade. Quando *Katz* foi julgado, quase a unanimidade dos *justices* acompanhou a opinião dominante, a revelar o consenso existente sobre a matéria. No entanto, influenciada pela crise e pela opinião pública, a decisão incluiu a permissão de realizarem-se as escutas desde que autorizadas judicialmente, conteúdo esse sufragado meses após por lei aprovada pelo Congresso. Diante das possibilidades abertas, a decisão ficou a meio caminho, pois não baniu a prática das escutas eletrônicas, como se temia à época que pudesse ocorrer. Preocupações com a lei e a ordem já interferiam na orientação liberal do tribunal.

Por fim, *Terry v. Ohio* pode ser considerada até mesmo uma capitulação. Dada a dimensão do problema submetido à apreciação do tribunal – a aberta discriminação que ocorria nas revistas pessoais –, a opção por cindir o conteúdo da 4.ª Emenda, deixando sem aplicação a exigência de *probable cause*, praticamente nada afetou a rotina policial. Talvez seja este o caso em que a postura contramajoritária da Corte mais era exigida, mas os *justices* escolheram acompanhar a onda punitiva que tomava corpo, deixando a polícia livre para continuar com sua prática de abordagens seletivas.

A ousadia esvaíra-se e a autocontenção da Corte foi-se acentuando cada vez mais em seus últimos dias, a ponto de ter decidido, por exemplo, permitir que o governo mantivesse em sigilo a identidade de seus informantes e de ter reafirmado a doutrina que vedava ao acusado postular a supressão de prova obtida com violação a direitos constitucionais de terceiros.[11]

11. KAMISAR, Yale. The Warren Court and criminal justice: A quarter-century retrospective. *Tulsa Law Journal* 31/1-55, 1995.

A mudança de percepção social quanto à segurança pública, em um ambiente tomado por rebeliões urbanas, desordens estudantis e atentados contra figuras públicas, havia chegado às salas do tribunal, o qual inevitavelmente teve que recuar em seu projeto normativo: o heroísmo, se em algum momento existiu, escancarava seus limites.

2. O RETROCESSO POLÍTICO DECORRENTE DA REVOLUÇÃO PROCESSUAL PENAL

As decisões penais da Era Warren, em geral, foram tomadas em um período de relativa estabilidade do país e de otimismo da população. Com efeito, nos *golden years* de 1950 e 1960, a taxa de delitos permaneceu estável, e a riqueza crescente da nação gerou um sentimento de fraternidade canalizado para o combate à pobreza e para a afirmação dos direitos civis, apesar de algumas resistências.

Nesse contexto, os julgamentos da Suprema Corte constituíram uma experiência de aceleração das conquistas dos movimentos sociais, os quais, ao menos no plano jurídico, promoveram o avanço normativo do processo penal, ao tentar corrigir abusos e arbitrariedades que historicamente ocorriam.

Já próximo da década de 1970, porém, os índices de criminalidade passaram a crescer,[12] o que provocou uma reação conservadora talvez sem precedentes. O candidato Richard Nixon, em sua campanha presidencial, adotou a estratégia de defesa de medidas de lei e ordem, tomando exatamente as decisões da Suprema Corte como alvo. Acabou eleito e, em seu governo, renovou o perfil dos *justices*, a partir da indicação de Warren Burger, conferindo uma feição conservadora ao tribunal.[13] Paulatinamente, assim, a legislação e a jurisprudência penal passaram a apresentar uma inflexão punitiva, que comprometeu profundamente as conquistas da Era Warren.

Talvez o equívoco do tribunal liberal tenha sido a pressa em consagrar juridicamente as conquistas sociais, entusiasmando-se com as possibilidades do momento, mas desconsiderando contextos de crise que poderiam vir a surgir.[14]

12. Nas décadas de 1960 a 1990, houve um aumento no número de registros policiais, mas pesquisas de vitimização, mais confiáveis para a verificação de flutuações reais nas taxas de delitos, não apontaram diferenças significativas em comparação com outros países ocidentais (BECKET, Katherine; SASSON, Theodore. *The politics of injustice: Crime and punishment in America*. Thousand Oaks: Pine Forge Press, 2000. p. 15-25).

13. GALLOWAY JR., Russel W. The Burger Court (1969-1986). *Santa Clara Law Review*, vol. 27, n. 1, p. 31-59, 1987.

14. A ausência de legislação processual penal codificada e unificada, em um modelo de *case-by-case basis*, certamente também constituiu um entrave significativo ao traba-

O aumento dos índices de delinquência registrados e a sensação de insegurança da população, mesmo que muitas vezes artificialmente insuflada, acabaram provocando, em seguida, o recrudescimento de todos os problemas que a Suprema Corte pensara ter resolvido.

Com o passar do tempo, operou-se uma explosão carcerária, bem como se acentuou o funcionamento discriminatório do sistema penal. De fato, enquanto em 1970 o número de pessoas presas era de pouco mais de 338.000, população que vinha se mantendo estável há cinquenta anos, nas décadas seguintes, o crescimento foi vertiginoso: 474.368 em 1980, 1.148.702 em 1990, 1.965.667 em 2000 e 2.266.800 em 2010. Neste último ano, se ainda forem considerados os infratores submetidos a *parole* e *probation*, o número de apenados ascende a inacreditáveis 7.076.200. Quanto à desigualdade racial, dados do final da década de 2000, indicam que a taxa de encarceramento de negros era de 3.119/100.000 e a de hispânicos, de 1.193/100.000, bem superior à de brancos (487/100.000).[15]

Como isso ocorreu?[16] É preciso atentar para o funcionamento do sistema de Justiça criminal como um todo, mesmo que ele seja frouxamente integrado.[17] A criminalização primária compete aos legisladores, os quais instituem crimes e penas. Em vigor a lei, a polícia, diante da notícia de alguma infração, investiga o fato e fornece evidências ao promotor de Justiça. Este, a sua vez, contando com elementos de prova suficientes, formula acusação contra o suspeito ou lhe oferece oportunidade de acordo. Se a opção for pela instauração de processo penal, ao juiz compete julgar o caso e aplicar a pena cabível. Uma vez condenado, o criminoso vai cumprir sua pena, geralmente de prisão, supervisionado por um corpo de agentes penitenciários.

O papel da Suprema Corte, dentro do modelo, é indicar os limites de atuação de cada um desses agentes e órgãos públicos. Restrições impostas em algum setor, evidentemente, reconfiguram o funcionamento de todas as instituições

---

lho de sistematização dos *justices* (BRADLEY, Craig M. *The failure of the criminal procedure revolution*. Baltimore: University of Pennsylvania Press, 1993).

15. HERINGER JR., Bruno. *O sistema de Justiça criminal dos Estados Unidos: Um modelo em crise?* Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. p. 83-84.

16. São inúmeros os fatores que contribuíram para tanto, como aponta, por exemplo, David Garland, *The culture of control: Crime and social order in contemporary society*, Chicago: The University of Chicago Press, 2001, principalmente p. 139-165.

17. VARGAS, Joana Domingues. Fluxo do sistema de Justiça criminal. *Crime, polícia e Justiça no Brasil*. Renato Sérgio de Lima; José Luiz Ratton; Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (orgs). São Paulo: Contexto, 2014. p. 411-426.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. A revolução processual penal da Corte Warren: o fracasso político de um sucesso jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 61-81. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

do sistema, que têm que continuar a exercer a atividade para a qual foram criadas. Percepções acerca de insegurança, reais ou artificias, da população, dos meios de comunicação ou dos políticos, geram pressões, que são canalizadas ideologicamente e corporativamente. Os participantes, então, constroem estratégias de atuação, as quais são decisivamente moldadas pelos limites jurídicos estabelecidos, principalmente os de ordem constitucional.

A constitucionalização do controle do crime, contudo, assumiu uma forma peculiar nos Estados Unidos nessa época: a Suprema Corte optou por canalizar as restrições no policiamento e no processo penal, deixando desreguladas as atividades de criação legislativa de crimes e penas, principalmente a de prisão, e de barganha entre suspeitos e acusação.

De fato, à exceção de limitações quanto ao respeito à privacidade, que protegem de maneira mais incisiva as pessoas abastadas, e quanto à vedação de leis vagas, de rara aplicação, os legisladores encontraram ampla liberdade para instituir crimes. Da mesma forma, o foco judicial na pena de morte, decorrente da máxima de que *death is different*, permitiu que o encarceramento assumisse uma feição legal cada vez mais intensiva.

Desse modo, obstaculizada a atividade policial e severamente circunscrito o processo penal, a reconfiguração do sistema concentrou-se na desenfreada tipificação de infrações penais pelo legislador, no recurso quase exclusivo ao *plea bargaining* pelos promotores e no controle penitenciário dos desviados. Se a polícia e os juízes se encontravam manietados por intrusivas regras constitucionais elaboradas pela Suprema Corte, a saída foi reestruturar o funcionamento do sistema de Justiça criminal valendo-se das vias mais desobstruídas: a legislação, os promotores e a prisão.[18]

A partir de uma dinâmica de tentativa e erro, considerando-se que a reversão completa das restrições impostas pelo tribunal era inviável, a alternativa dos funcionários de *law enforcement* para enfrentar a delinquência crescente e as pressões da comunidade foi instituir inúmeras leis penais que permitissem aos acusadores pressionar os acusados à celebração de acordos, com o encaminhamento dos infratores ao confinamento massivo.

A evolução da alocação dos recursos públicos revela como essa reconfiguração do sistema de Justiça criminal foi-se operando. Nos Estados Unidos, o grosso do policiamento e da adjudicação penal compete ao governo local, tocando aos estados basicamente a tarefa de manutenção das cadeias. A imensa

18. STUNTZ, William J. The pathological politics of criminal law. *Michigan Law Review* 100/505-600, 2001.

maioria dos crimes são investigados e processados no âmbito dos municípios ou dos condados, mas, uma vez condenados, os apenados, em geral, passam ao controle de unidades penitenciárias estaduais. Os crimes federais são comparativamente muito poucos. Em termos econômicos, os governos locais, em meados da década de 2000, eram responsáveis por cerca de 70% do custo de todo o policiamento do país, por cerca de 40% da persecução penal e por cerca de apenas 30% das prisões. Ora, em uma realidade de contenção orçamentária constante, a tendência deu-se no sentido de policiais e promotores de Justiça, a maioria deles remunerada pelos governos locais, transferir o ônus econômico do controle do crime aos estados mediante o encarceramento em massa dos infratores, já que é a estas unidades federativas que toca tal despesa. Assim, em 30 anos, de 1972 em diante, o aumento do gasto orçamentário no país, que foi de apenas 148% com policiamento e 298% com adjudicação penal, alcançou 455% com as prisões. O combate ao crime, diante das limitações constitucionais, passou da prevenção policial para a repressão penitenciária. Em outras palavras, a solução burocrática, diante das restrições à atuação policial e à efetividade do processo penal, foi o crescente encarceramento dos infratores através da via dos acordos praticamente impostos pelos promotores aos suspeitos.[19]

Com baixo investimento público na contratação de policiais, promotores de Justiça e defensores públicos, o efeito da canalização do gasto em prisões foi levar esses agentes a rearranjar suas atribuições, de modo a tornar viável a prestação dos serviços pelos quais são responsáveis, em uma conjuntura de crescimento exponencial de casos a serem apreciados. A opção foi focar as infrações menos complexas praticadas por criminosos desqualificados, mais suscetíveis ao acordo. Como se pode perceber, o incremento na proteção normativa do acusado tem um custo econômico, que pode ser suportado por réus abastados, os quais, aliás, vêm fartamente se beneficiando dos novos meios de defesa oferecidos pela Suprema Corte. Contudo, para os acusados pobres, que dependem de defensores mantidos ou subsidiados pelo Poder Público, o resultado é o inverso: o acúmulo de serviço, somado à parca remuneração de tais advogados, conduz aos acordos com a acusação, em que o réu abre mão de uma defesa mais elaborada em vista do risco de punições mais severas e da dificuldade em fazer valer seus direitos. Também tomados por essa dinâmica de atuação funcional em um ambiente de escassez de recursos e de acúmulo de serviço, os promotores não têm outra alternativa senão buscar a transação penal. Caso contrário, a instauração de processo contra

19. STUNTZ, William J. The political constitution of criminal justice. *Harvard Law Review* 119/780-851, 2006.

todo e qualquer suspeito fatalmente levaria à implosão do sistema, por seu insustentável custo operacional.[20]

Não há como deixar de imputar à própria Suprema Corte parte da responsabilidade por esta situação, como os estudos de William J. Stuntz demonstram. Em primeiro lugar, como já se disse, não tendo imposto limitações constitucionais mais adequadas à criação legislativa de crimes e de penas,[21] o resultado foi a proliferação de tipos penais e o recrudescimento legal da pena de prisão. A legislação de drogas foi o instrumento privilegiado para o controle da criminalidade, principalmente a das zonas urbanas degradadas, sem que o Poder Judiciário impusesse qualquer restrição relevante nesse campo. Isso forneceu aos promotores de Justiça um eficaz mecanismo para compelir os acusados à celebração de acordos, já que, com um arsenal interminável de delitos a imputar aos suspeitos, praticamente não se deixa alternativa de recusa a eles. E, até mesmo aqui, instado a impor restrição às barganhas, o tribunal omitiu-se, praticamente dando carta branca aos acusadores no julgamento do caso *Bordenkirchner v. Hayes*,[22] em 1978, se bem que aqui a responsabilidade não mais era da Corte Warren. Não é à toa, assim, que aproximadamente 95% dos casos penais terminam em alguma forma de transação penal naquele país.[23] Por fim, preocupada quase exclusivamente com o estabelecimento de limitações à pena capital, a Suprema Corte negligenciou a pena de prisão, a qual acabou utilizada pelos legisladores como mecanismo de severo confinamento de infratores: a prisão perpétua e as penas de longa duração tornaram-se rotina, assim como a utilização de presídios de segurança máxima.

Como se pode observar, essa mudança de cultura não implicou uma transformação radical das instituições jurídicas da modernidade penal; o que houve foi apenas um desvio de ênfase, com a utilização da mesma estrutura punitiva que existia.[24] Tal constatação sugere, assim, que o desenho normativo do sis-

20. STUNTZ, William J. The pathological politics of criminal law, cit.

21. FRASE, Richard S. The Warren Court's missed opportunities in substantive criminal law. *Ohio State Journal of Criminal Law* 3/75-103, 2005.

22. Nesse caso, a Corte considerou legítima a proposta da promotoria pública de imposição de pena de 5 anos de prisão sob a ameaça de formulação de acusação que poderia conduzir a prisão perpétua – o que acabou, de fato, ocorrendo, ante a recusa do imputado. Após esse julgamento, as barganhas tornaram-se cada vez mais amplas, e a pena de morte tem sido uma ameaça constante em acordos em que são impostas penas de prisão perpétua (STUNTZ, William J. *The collapse of american criminal justice*. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011. p. 257-260).

23. Idem, p. 7.

24. GARLAND, David. Op. cit., p. 173-175.

tema de Justiça criminal era deficiente, pois permitiu a sua manipulação em direção a um modelo de exacerbação repressiva, exatamente o contrário da missão para a qual fora criado – a limitação do poder de punir.

Tivessem os índices de criminalidade permanecido estáveis, talvez o caminho trilhado pela Suprema Corte na década de 1960 pudesse ter desembocado na estruturação de um processo penal mais justo, com a elaboração de limites também à produção legislativa de crimes, à pena de prisão e aos acordos celebrados entre promotores e réus. Mas não foi isso o que ocorreu. O aumento – significativo nos registros oficiais – da taxa de criminalidade, principalmente do tráfico de drogas, gerou um sentimento generalizado de insegurança e de impunidade, o qual foi canalizado com sucesso pelas forças conservadoras na direção de uma virada punitiva. Nessa linha, renovou-se a composição do tribunal após a eleição de Richard Nixon, o que estancou e, em alguns casos, reverteu a orientação da jurisprudência. Os legisladores, da mesma forma, aproveitaram o momento para, paulatinamente, retomar o controle da delinquência, notadamente a massiva de rua praticada por infratores integrantes das classes pobres e das minorias raciais.

O curso desses acontecimentos revela que os tribunais são os órgãos menos inclinados ou aptos a antecipar e a controlar os efeitos de suas decisões. Uma vez orientada a jurisprudência em determinada direção, é muito difícil a sua reversão pronta e eficaz, de modo a atender a contextos sócio-políticos diversos. Por isso, parece que a autocontenção dos juízes é o comportamento mais conveniente, deixando aos cidadãos, em cada momento histórico, a definição dos meios de atuação estatal para o enfrentamento dos problemas comunitários. Isso, evidentemente, não significa que o Poder Judiciário deve abdicar de impor qualquer limite à atuação dos demais Poderes Públicos, mas, sim, que a moldura criada talvez deva ser a mínima indispensável à tutela dos direitos fundamentais, deixando o restante ao embate democrático.

Que uma jurisprudência invasiva é nefasta, não há dúvida. Em termos sociais, já se indicou que, como legado da Corte Warren, a situação penal dos acusados acabou tornando-se pior do que antes, com o aumento vertiginoso do contingente de reclusos e a intensificação da discriminação. Mas, em termos políticos, também o resultado é negativo, principalmente devido à obstrução das iniciativas cidadãs, seja através da lei, seja através de alguma forma de *citizen review*.[25] Um par de exemplos tomado desse mesmo Tribunal

25. LIVINGSTON, Debra. The unfullfilled promise of citizen review. *Ohio State Journal of Criminal Law* 1/653-669, 2004.

talvez esclareça essa observação. O julgamento do caso *Miranda*, ao impor uma forma definida e definitiva de advertência aos suspeitos, inibiu a experiência legislativa e administrativa, que talvez pudesse evoluir, por exemplo, para a gravação audiovisual das abordagens policiais ou para a exigência de indeclinável acompanhamento por advogado durante os depoimentos, o que certamente seria muito mais efetivo em termos de respeito a garantias e direitos constitucionais; a norma, com sua imutável fórmula, apenas desonerou os juízes de detalhar as exigências para o correto interrogatório policial e, com sua contrafática precisão, apenas vem beneficiando os suspeitos que de sua proteção não precisam.[26] Da mesma forma, as regras de exclusão de prova, com seu apego a buscas e apreensões irregulares, considera em excesso a privacidade, mas deixa sem sindicância o uso abusivo da força pela polícia, o que é revelado pela frequência de ambos os temas na jurisprudência do país; além disso, as reclamações pela desconsideração de evidências obtidas ilegalmente, por serem fáceis de veicular nos processos, acabaram por esvaziar as discussões de mérito; essa circunstância, ao contrário do que se poderia supor, não apenas vem provocando a absolvição de eventuais culpados, mas também vem favorecendo a condenação de inocentes; ocorre que, ao menos no âmbito dos acusados defendidos por advogados custeados pelo Poder Público, a escassez de recursos e o acúmulo de serviço fazem com que os argumentos se cinjam a questões formais, deixando a descoberto as postulações de mérito, as quais, num procedimento extremamente complexo como o norte-americano, tomariam muito tempo e dinheiro; mais uma vez, o proveito da regra é tirado pelos réus mais abastados.[27]

Como revela a jurisprudência da Corte Warren – a mais venerada de todas pelos defensores de um *judicial review* mais intenso –, o preço a pagar por um ativismo judicial desenfreado pode ser o acirramento dos conflitos sociais e a inibição do experimentalismo democrático, os quais geralmente vêm acompanhados de retrocesso político.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Avaliada historicamente, a revolução promovida pela Corte Warren na década de 1960 apresentou resultados ambíguos. Não há dúvida de que as

26. STUNTZ, William J. Miranda's mistake. *Michigan Law Review* 99/975-999, 2001. Lafave, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. Op. cit., p. 335-336.

27. STUNTZ, William J. The virtues and vices of the exclusionary rule. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 20, n. 2, p. 443-455, 1996/1997.

decisões daquele período reconfiguraram o processo penal estadunidense, limitando significativamente a atividade policial e conferindo amplos direitos de defesa aos acusados durante a persecução penal, mesmo que os juízes que as subscreveram não tenham sido os *countermajoritarian heroes* que pareciam ser. Tal orientação, de uma forma ou de outra, acabou certamente ajudando a impulsionar a legislação e o controle corporativo das demais instituições encarregadas da repressão ao delito em direção a práticas mais humanizadas. Além disso, constituiu uma chancela judicial dos avanços flagrados nas sensibilidades de inúmeros setores da comunidade.

Mesmo assim, apesar desse sucesso no plano jurídico, não se pode ocultar que as limitações às atividades processual penal e policial do Estado promovidas pelo tribunal também acabaram por contribuir para o alavancamento do movimento político-criminal regressivo que o sucedeu.

O problema é que o sistema do direito não existe isoladamente. Uma decisão jurídica sempre gera efeitos nos demais âmbitos sociais, principalmente o político. O processo penal, em si, constitui uma importante conquista civilizacional, já que retira da esfera comunitária um conflito que de outra forma provavelmente seria solucionado com mais violência. Contudo, por mais direitos e garantias que se configurem juridicamente, a atividade de investigação, acusação, instrução, julgamento e punição de determinado delito tem que continuar viável, sob pena de a sociedade, espontaneamente ou através de seus representantes políticos, buscar outras vias para o enfrentamento da delinquência. Afinal, não se pode esquecer que o Estado, antes de tudo, é a agência encarregada do emprego da violência legítima, função que se torna ainda mais manifesta no controle do crime.

Em regra, porém, não é o Poder Judiciário o órgão mais preparado para avaliar as consequências de suas deliberações. Sentenças e acórdãos, uma vez publicados, provocam uma série de reações nos demais sistemas sociais, as quais, muitas vezes, resultam na elaboração de desvios estratégicos ao conteúdo referencial de tais decisões. O que veio após a Era Warren é sintomático disso: apesar das boas intenções dos juízes, o resultado foi um estado de coisas muito pior que o anterior. Não apenas a população carcerária cresceu acentuadamente, como os mesmos problemas de discriminação perduraram – e até se intensificaram. Apenas os acusados mais ricos colheram os frutos da revolução processual penal impulsionada pela Suprema Corte, a revelar que os diferenciais de poder social não desvanecem ao serem traduzidos em formas jurídicas.

Essa evidência é de difícil assimilação pelos juristas, os quais, em suas elucubrações, geralmente desprezam as consequências políticas de seus

HERINGER JÚNIOR, Bruno. A revolução processual penal da Corte Warren: o fracasso político de um sucesso jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 61-81. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

atos e opiniões. Absorvidos pelas peculiaridades dos casos concretos a apreciar, os agentes do sistema de Justiça criminal raramente conseguem alcançar uma visão sistêmica da jurisprudência produzida, o que acaba, muitas vezes, comprometendo decisivamente o curso dos avanços jurídicos que promovem.

Sem embargo, não se trata de abandonar o *judicial review*, mas de insistir na necessidade de um *judicial restraint* mais incisivo, que preste homenagem à produção democrática do direito, consolidada na lei. As mudanças de conjuntura política, cada vez mais aceleradas e imprevisíveis, impõem a necessidade de resguardo de uma margem de flexibilidade à atuação governamental. A constituição, assim, deve ser vista apenas como uma moldura, certamente capaz de limitar normativamente os poderes estatais, mas talvez o processo legislativo e a participação popular sejam mais eficazes e, ao cabo, mais justos que o engessamento jurídico da atividade estatal realizado por um órgão carente de legitimidade popular. A evolução social é sempre lenta, e o preço a pagar pela impaciência é o retrocesso civilizacional. *Too fast and too far* é incompatível com os parâmetros da autoridade instituída.

Alguma semelhança com o que se passa no Brasil? Certamente sim. Nos últimos tempos, tem-se observado uma inovação jurisprudencial sem precedentes em nosso Poder Judiciário, principalmente no STF, o qual vem estabelecendo inúmeras limitações à atuação dos órgãos de repressão do Estado e definindo amplos direitos e garantias processuais penais. Pelo exagero de algumas decisões, a atividade investigativa de delitos mais elaborados vem enfrentando inúmeros obstáculos, favorecendo a impunidade dos infratores, geralmente oriundos dos estratos sociais mais altos. Nos processos relativos aos crimes ditos de colarinho branco, mais complexos, praticamente não se discute mais o mérito das acusações: as alegações cingem-se a nulidades processuais e à ocorrência da prescrição.

É tamanha a confusão doutrinal, uma mistura desarticulada de influências europeias e norte-americanas, que ninguém mais tem condições de conhecer o estado atual da arte, o que favorece as manobras processuais tendentes a retardar os feitos visando à extinção da punibilidade ou a nulificar atos praticados em seu curso. O resultado é o sentimento generalizado de que o país está tomado por políticos, empresários e profissionais cujas fortuna e projeção decorrem de ações criminosas que ficam impunes. Essa percepção, evidentemente, espalha-se pela comunidade, estruturando um modelo de busca do sucesso pessoal que não passa pelas vias institucionalizadas da legalidade.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. A revolução processual penal da Corte Warren: o fracasso político de um sucesso jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 61-81. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Paralelamente, os presídios estão abarrotados de miseráveis[28] – traficantes e ladrões[29] –, aos quais as alucinações normativas dos juristas não socorrem. A estes infratores desclassificados, a mensagem enviada é a da "glamourização" da vida bandida, mas, para eles, a repressão não conhece na prática as mesmas limitações de que usufruem os integrantes dos estratos sociais mais altos, o que tem ampliado o número dos capturados pelas instâncias punitivas.

Guardadas as particularidades de cada país, assim, o fenômeno é o mesmo: tanto lá como aqui, o exagero ou o descuido na constitucionalização do processo penal tem interferido negativamente na realização da Justiça penal; tanto lá como aqui, tem havido um aumento significativo do número de presos; tanto lá como aqui, é principalmente a legislação sobre drogas que vem permitindo o incremento da repressão; tanto lá como aqui, são as minorias raciais e os pobres que constituem a clientela preferencial do sistema punitivo; tanto lá como aqui, os criminosos abastados vêm contando com uma blindagem jurídica que os deixa impunes. Não há dúvida: o Brasil, em matéria penal, está encaminhando-se para o mesmo beco sem saída em que os Estados Unidos se encontram.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKET, Katherine; SASSON, Theodore. *The politics of injustice: Crime and punishment in America*. Thousand Oaks: Pine Forge Press, 2000.

BRADLEY, Craig M. *The failure of the criminal procedure revolution*. Baltimore: University of Pennsylvania Press, 1993.

DRIVE, Justin. The constitutional conservatism of the Warren Court. *California Law Review*, vol. 100, n. 5, p. 1101-1168, 2012.

FRASE, Richard S. The Warren Court's missed opportunities in substantive criminal law. *Ohio State Journal of Criminal Law* 3/75-103, 2005.

28. Dados oficiais indicam uma população carcerária total de 548.003 em 2012 (Disponível em: [http://portal.mj.gov.br]. Acesso em: 02.08.2014).

29. Dados oficiais indicam que, em 2012, 267.975 e 138.198 pessoas haviam sido condenadas, respectivamente, pela prática de crimes contra o patrimônio e relativos a drogas, correspondendo a mais de 74% do total de presos (Disponível em: [http://portal.mj.gov.br]. Acesso em: 02.08.2014). Enquanto a população carcerária triplicou em quinze anos, o número de presos condenados pela prática de tráfico de drogas triplicou em apenas cinco anos, a revelar a crescente participação deste delito no controle penal no Brasil (LEMGRUBER, Julita; BOITEUX, Luciana. O fracasso da guerra às drogas. *Crime, polícia e Justiça no Brasil*. Renato Sérgio de Lima; José Luiz Ratton; Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (org.) São Paulo: Contexto, 2014. p. 357-362).

FRIEDMAN, Lawrence M. *Crime and punishment in american history*. New York: Basic Books, 1993.

GALLOWAY JR., Russel W. The Burger Court (1969-1986). *Santa Clara Law Review*, vol. 27, n. 1, p. 31-59, 1987.

GARLAND, David. *The culture of control: Crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

JOHNSON, Paul. *A history of american people*. New York: Harper Perennial, 1999.

HERINGER JR., Bruno. *O sistema de Justiça criminal dos Estados Unidos: Um modelo em crise?* Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

KAMISAR, Yale. The Warren Court and criminal justice: A quarter-century retrospective. *Tulsa Law Journal* 31/1-55, 1995.

LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *Criminal Procedure*. 3. ed. St. Paul: West Group, 2000.

LAIN, Corinna Barrett. Countermajoritarian hero ou zero? Rethinking the Warren Court role in the criminal procedure revolution. *University of Pennsylvania Law Review* 152/1361-1452, 2004.

LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs.). *Crime, polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

LIPPMAN, Matthew. *Criminal Procedure*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2011.

LIVINGSTON, Debra. The unfullfilled promise of citizen review. *Ohio State Journal of Criminal Law* 1/653-669, 2004.

NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. 6. ed. St. Paul: West Group, 2000.

STUNTZ, William J. Miranda's mistake. *Michigan Law Review* 99/975-999, 2001.

_____. *The collapse of american criminal justice*. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011.

_____. The pathological politics of criminal law. *Michigan Law Review* 100/505-600, 2001.

_____. The political constitution of criminal justice. *Harvard Law Review* 119/780-851, 2006.

_____. The uneasy relationship between criminal procedure and criminal justice. *The Yale Law Journal* 107/1-76, 1997/1998.

_____. The virtues and vices of the exclusionary rule. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 20, n. 2, p. 443-455, 1996/1997.

THOMSON, James A. Capturing the future: Earl Warren and Supreme Court history. *Tulsa Law Review* 32/843-878, 1997.

WEINREB, Lloyd L. *Leading constitutional cases on criminal justice*. St. Paul: Foundation Press, 2013.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. A revolução processual penal da Corte Warren: o fracasso político de um sucesso jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 61-81. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren, de Sergio Fernando Moro - *RDCI* 48/281-301 (DTR\2004\404);
- Filosofia constitucional, de Eduardo Ribeiro Moreira e Maria Eugenia Bunchaft - *RDCI* 74/37-80 (DTR\2011\1258); e
- O processo penal norte-americano e sua influência, de José Carlos Barbosa Moreira - *RePro* 103/95-107 (DTR\2001\316).

HERINGER JÚNIOR, Bruno. A revolução processual penal da Corte Warren: o fracasso político de um sucesso jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 61-81. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

82111

Meios de prova dos componentes empíricos do dolo, os volitivos e os cognitivos

Evidence of empirical components of criminal intent

Pedro Jorge Costa

Mestre e doutorando em Direito Público pela UFPE. Procurador da República em Pernambuco.
pedrojorgecosta@hotmail.com

Área do Direito: Processual; Penal

Resumo: O trabalho versa sobre os meios de prova dos componentes empíricos do dolo, os volitivos e os cognitivos. Mais do que outros temas em direito penal, o do dolo impõe um estudo dos meios de prova. Historicamente, opções como a presunção ou o alargamento do conceito de dolo para facilitar a prova demonstraram essa necessidade. Quanto aos meios de prova, aceitaram-se na doutrina ao longo dos séculos a confissão, as perícias, as presunções e o uso de indícios sob roupagens outras, como o *dolus ex re*. Mas, há tão somente provas com valor de indícios para a demonstração dos elementos empíricos do dolo. O uso dos indícios não viola a presunção de inocência, até porque hodiernamente se entende que quaisquer meios de prova produzem apenas a verdade processual. O desafio da doutrina deve ser debater os indícios suficientes para a condenação, sobretudo para crimes mais recentes.

Palavras-chave: Dolo direto – Dolo eventual – Prova – Indícios – Teorias da verdade.

Abstract: The work deals with the evidence of the empirical components of criminal intent, the volitional and the cognitive ones. More than other issues in criminal law, the criminal intent requires a study of the evidence. Historically, options such as the presumption or the extending of the concept of criminal intent in order to facilitate proof demonstrated this need. As for the evidence, it was accepted among jurists for centuries confessions, expert evidence, presumptions and the use of circumstantial evidence under other guises, such as *dolus ex re*. Nevertheless there is only evidence with the value of circumstantial evidence to demonstrate the empirical components of criminal intent. The use of circumstantial evidence does not violate the presumption of innocence, because in contemporary times it is understood that any evidence produces only procedural truth. The challenge of jurists is debating the sufficient evidence for conviction, especially for more recent crimes.

Keywords: Criminal intent – Assumption of risk – Evidence – Circumstantial evidence – Theories of truth.

Sumário: 1. Introdução – 2. Meios de prova dos elementos empíricos do dolo – 3. Indícios e o problema da verdade – 4. Conclusão – Referências.

Costa, Pedro Jorge. Meios de prova dos componentes empíricos do dolo, os volitivos e os cognitivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 83-108. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo a respeito dos meios de prova dos elementos empíricos componentes do dolo. Busca-se indicar os meios de prova possíveis para tanto e se a prática de uso dos indícios com esse fim encontra respaldo doutrinário, inclusive à luz das concepções mais recentes de verdade.[1]

O tema é de inegável importância. A definição do dolo no âmbito do direito material influi na questão da prova de seus elementos empíricos, em um duplo sentido: devem ser provados os elementos que se indiquem, eventualmente já na legislação, como componentes do dolo e só deve se indicar por tais o que for passível de prova válida em juízo. Na dicção de Karl Peters, o direito penal deve ser praticável, no sentido de poder ser aplicado.[2]

Com efeito, a "mútua ignorância entre o substantivo e o processual torna impossível saber o alcance exato das teorias que a ciência penal formula sobre o dolo".[3] Conceitos teóricos amplos de dolo podem levar a absolvições indevidas se as exigências probatórias são exageradas. No outro extremo, a aplicação processualmente flexível por demais de conceitos restritivos de dolo pode implicar condenações injustas a esse título. A própria análise histórica mostra que o problema do conceito do dolo sempre envolveu o da prova de seus componentes empíricos. As dificuldades probatórias dos elementos empíricos do dolo levaram historicamente: (a) à adoção das presunções de ocorrência dolo; (b) à aceitação da responsabilidade objetiva, mais ou menos disfarçada, inclusive por institutos como o *versari in re illicita*; e (c) ao alargamento do conceito de dolo, objetivando-o, sobretudo para além do dolo intencional tradicional, o de matriz romana.

Por isso, talvez mais que em outros temas de direito penal, os autores se preocupam com as repercussões probatórias do dolo, ao ponto de se reputar esse o problema mais importante na prática.[4] Então, "as regras de prova

1. As regras concretas para a demonstração do conhecimento e da intenção ficarão para trabalho posterior do autor.
2. PETERS, Karl. *Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses*. Tübingen: Mohr, 1963. p. 32-33.
3. Tradução livre de: "a mutua ignorancia entre lo sustantivo y lo procesal hace imposible saber cuál es el exacto alcance de las teorías que la ciencia penal formula sobre el dolo". RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *RBCCrim* 69/129-155, a. 15. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2007. p. 136.
4. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio. *Doctrina y jurisprudencia penal*, vol. 2, n. 4, p. 3-30. Santiago, 2011. p. 5.

desempenham importante papel político-criminal de delimitação do âmbito do punível e (...), por tal razão, é muito necessário que a ciência (...) trate de teorizar sobre elas".[5]

Estruturou-se o trabalho em três tópicos, além da introdução. No próximo tópico, trazem-se os meios de prova dos componentes empíricos do dolo. Posteriormente, indica-se se os meios de prova encontram base nas novas concepções sobre a verdade. Finda-se com as conclusões gerais do trabalho.

2. MEIOS DE PROVA DOS ELEMENTOS EMPÍRICOS DO DOLO

Os meios de prova dos elementos empíricos do dolo historicamente apontados pela doutrina ou utilizados na prática foram o recurso a ciências empíricas, a confissão, as presunções e os indícios.

Realmente, entendido o dolo como composto de elementos psicológicos, o querer, o consentir e o conhecer, por exemplo, deveriam ser provados por meio do recurso a ciências empíricas, especificamente a psicologia e psiquiatria, que se ocupam empiricamente do lado interno ou psicológico da pessoa. A perspectiva seria inclusive condizente com certo ideário da capacidade das ciências para dar conclusões certas acerca da realidade.[6]

O primeiro problema a respeito é determinar de qual ciência se servir no processo para tanto. Há polêmicas entre a psicologia e a psiquiatria e mesmo dentro dessas ciências existe enorme diversidade de correntes e teorias sobre as quais dificilmente o juiz está suficientemente a par de modo a decidir qual utilizar.[7]

Ramon Ragués i Vallès mostra que ainda se tem certo receio dessas ciências em razão de sua relativa juventude. Assim, a constatação dos elementos do dolo por meio da psicologia ou da psiquiatria não traria maior grau de certeza do que a prova de indícios.[8]

5. Tradução livre de: "las reglas de prueba desempeñan un importante papel político-criminal de delimitación del ámbito de lo punible y (...) por tal razón, es muy necesario que la ciencia (...) trate de teorizar sobre ellas" (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *RBCCrim* 69/129-155, a. 15. São Paulo, nov.-dez. 2007. p. 136.

6. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito: bases metodológicas*. 2. ed. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2007. p. 306-307.

7. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 216-221.

8. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 216-217.

Ultrapassados esses obstáculos de aceitação e escolha da ciência e da corrente a seguir, caberia a representantes da psicologia ou da psiquiatria, nomeados peritos, revelar o conteúdo da psiquê do agente no momento da realização do fato delitivo.

Quanto à prova por peritos, a prática judicial não tem sido nesse sentido e nem mesmo isso se mostraria desejável. É, inicialmente, fácil prever que não haveria profissionais e nem verba suficiente para a realização de perícias em todos os processos.

Na linha da questão sobre a escolha da ciência e da corrente a utilizar, há a possibilidade de eleição arbitrária de peritos pelo juiz a partir da escola teórica à qual aqueles se filiem.[9] Paul Bresser também critica a perda da imagem global do ser humano pelos peritos. Eles tendem, a seu ver, a ressaltar unilateralmente aspectos parciais da pessoa, a depender da corrente que adotem. E, a escolha do aspecto a enfatizar já implica valoração, consciente ou inconsciente, pelo perito.[10] Por essa via, uma escolha até certo ponto arbitrária, do perito pelo juiz ou dos aspectos da pessoa a enfatizar pelo perito, receberia a aura de neutralidade ou cientificidade decorrente do exame pericial, o que influencia o julgador.[11]

O mesmo Paul Bresser destaca a frequência com a qual os peritos fogem de suas atribuições, fazendo considerações sobre questões jurídicas do dolo ou da culpa. Essa atitude causa psicologização indevida do dolo e da imprudência.[12] A falta de utilização de peritos impede diagnóstico sobre o Brasil. Todavia, não há motivo para se acreditar na impossibilidade de ocorrência do mesmo fenômeno nesse país.

---

9. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito: bases metodológicas*. 2. ed. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2007. p. 207. Igualmente, embora para a questão da inimputabilidade: COLLICA, Maria Teresa. Ruolo del giudice e del perito nell'accertamento del vizio de mente. In: FRANCESCO, Giovannangelo; PIEMONTESE, Carmela; VENAFRO, Emma (orgs.). *La prova dei fatti psichici*. Torino: Giappichelli, 2010. p. 1-39, p. 5.
10. BRESSER, Paul H. Die Ermittlung des subjektiven Tatbestands. Grundsätzliches über "Psychologie und Recht". In: WARDA, Günter et al. (orgs.). *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1976. p. 665-685 e p. 671.
11. A influência ocorre indistintamente sobre juízes e jurados leigos, como demonstrou: DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. New Haven; London: Yale University, 1997. p. 33.
12. BRESSER, Paul H. Die Ermittlung des subjektiven Tatbestands. Grundsätzliches über "Psychologie und Recht". In: WARDA, Günter et al. (orgs.). *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1976. p. 665-685 e p. 678-681.

Paredes Castañon agrega a essa questão a impossibilidade de uso dos métodos da psicologia, o correlacional (relação entre variáveis quantitativas) e o experimental (que supõe observação direta dos fatos), no processo.[13]

Ramon Ragués i Vallès alude a outra dificuldade desse meio de prova: a impossibilidade de os peritos e suas ciências empíricas produzirem mais que probabilidades dos fatos psíquicos. O problema se agravaria pela necessidade de colaboração da pessoa para o procedimento aplicado na psicologia e psiquiatria, inexigível ao réu no processo penal.[14]

A primeira objeção, de impossibilidade de certeza, pode ser rebatida. A produção processual de provas não pode se pretender infalível. Ragués i Vallès recai no equívoco de acreditar na "verdade absoluta". O ponto restará mais claro no próximo tópico.

Todavia, a segunda objeção é importante. Ante o direito de permanecer em silêncio, não se pode exigir do acusado que fale. Ao contrário do paciente frente ao psicólogo ou psiquiatra, que muitas vezes tem o interesse de narrar fielmente fatos de sua vida para o funcionamento do processo terapêutico, o réu pode querer permanecer em silêncio, esconder ou modificar os fatos para ser absolvido ou minorar a sanção.

Winfried Hassemer, ao tratar da determinação da pena, desenvolve outro raciocínio sobre os peritos, em tudo aplicável ao tema. Para ele, há o risco de o acusado se tornar "objeto de sondagem", com prejuízo ao seu direito à dignidade e à privacidade, sobretudo pelo prolongamento e publicidade de perícias psicológicas e psiquiátricas.[15]

Outro problema consiste na possibilidade de essas ciências reconstituírem os elementos psíquicos do agente no momento do fato. Paul Bresser duvida da capacidade de os peritos penetrarem psicologicamente no indivíduo, porque há diferença entre a motivação no momento do fato e a racionalização posterior pelo agente de sua própria conduta. Então, não seria possível a reconstituição fiel dos fatos com o uso de perícias.[16]

---

13. PAREDES CASTAÑON, José Manuel. Problemas metodológicos en la prueba del dolo. *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. XVIII, p. 67-93. Madrid, jan. 2001, p. 87-89.

14. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 216-222.

15. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 156.

16. BRESSER, Paul H. Die Ermittlung des subjektiven Tatbestands. Grundsätzliches über "Psychologie und Recht". In: WARDA, Günter et al. (orgs.). *Festschrift für Richard*

Ramon Ragués i Vallès dá conta de casos de homicídio nos quais os peritos se baseiam nos elementos externos utilizados pelo juiz, como a forma da lesão. Por outras palavras, os peritos usariam regras de senso comum a pretexto de análise científica.[17]

Há, em adição, problemas de discrepância entre a linguagem do jurista e a do perito, que, ao ver de José Luis Díez Ripollés, decorrem da forma como o direito solicita a colaboração à psicologia ou à psiquiatria. Segundo ele, o jurista não deveria pedir aos peritos que vertessem seus conhecimentos no marco jurídico; ao revés, o juiz deveria ter conhecimentos suficientes para se utilizar dos dados dos peritos no marco jurídico.[18]

Embora seja obviamente desejável que o jurista tenha ampla formação humanística e mesmo de outros âmbitos do conhecimento, parece utópico pretender que juízes detenham tão vasto cabedal de saberes. Ainda que seja em tese possível, certamente não corresponde à formação atual exigida dos juízes no Brasil.

Ademais, não se há mesmo nenhuma teoria psicológica ou psiquiátrica capaz de trazer provas relevantes para o estado mental do elemento subjetivo de todos os crimes. Quando muito, as ciências empíricas se limitam a dizer quando não se encontram presentes os elementos do dolo em alguns crimes envolvendo violência. Em crimes como os tributários e o de receptação, nada têm a acrescentar.

Assim, nem os maiores defensores das ciências empíricas para a prova dos elementos psíquicos do dolo afirma a exclusividade desse meio para todos os casos. No máximo, as perícias podem trazer indícios para permitir a reconstrução dos fatos e a compreensão da conduta do agente.[19]

Lange zum 70. Geburtstag. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1976. p. 665-685 e p. 671-672. Igualmente: COLLICA, Maria Teresa. Ruolo del giudice e del perito nell'accertamento del vizio de mente. In: FRANCESCO, Giovannangelo; PIEMONTESE, Carmela; VENAFRO, Emma (orgs.). *La prova dei fatti psichici*. Torino: Giappichelli, 2010. p. 1-39, p. 7.

17. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 225-230.

18. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito: bases metodológicas*. 2. ed. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2007. p. 283.

19. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 225-230. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 403.

Passa-se, então, ao segundo meio de prova apontado na doutrina, a confissão. No direito penal absolutista da Idade Média europeia, era a "rainha das provas". Sua importância era tal que, em muitos casos, presentes certos indícios, autorizava-se o juiz a torturar o réu a fim de obter a confissão. No Brasil, as Ordenações Filipinas, que vigoraram quanto à parte processual penal de 1603 até o Código de Processo de 1832, permitiam o tormento para obtenção da confissão.

Para alguns autores, sobretudo mais antigos, a exemplo de Gallus Kleinschrod, a confissão era o único meio de se alcançar a prova plena dos elementos psicológicos do dolo. Segundo ele, esse substrato não se pode deduzir de circunstâncias porque "até a pior das ações pode resultar da falta de consciência, de desconhecimento etc."[20]

Todavia, a confissão não mais pode se tomar como a "rainha das provas". Não só mas também no tocante ao dolo nem sempre a confissão, mesmo em juízo e sem qualquer espécie de coação, coincide com a vontade ou consciência do agente no momento da ação. Podem ser facilmente imaginados e há mesmo quem defenda serem frequentes os casos em que esse descompasso ocorre.[21]

Com efeito, o réu pode não recordar exatamente dos fatos, sendo a sua confissão retrato de reconstrução posterior guiada por sentimentos a exemplo do de culpa.[22] Também se aponta a possibilidade de o réu se expressar mal e por isso ser tomada sua declaração como confissão.[23] Walter Kargl mostra, com base em pesquisa empírica, que a forma dos interrogatórios, policiais e judiciais, contribui para a má compreensão dos fatos e a conclusão pela confissão em verdade inocorrente.[24] Essa lição se aplica com maior razão

20. Tradução livre de: "Auch die schlimmste Handlung kann aus Mangel an Bewußtsein, aus Unwissenheit u.s.w. entstanden sein" (KLEINSCHROD, Gallus Aloys. *Systematische* Entwickelung *der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*. 2. ed. Erlangen: Johann Jakob Palm, 1799. vol. 1, p. 60).

21. HIRSCHBERG, Max. *Das Fehlurteil im Strafprozess: zur Pathologie der Rechtsprechung*. Stuttgart: Goldbach, 1962. p. 17 e ss.

22. LOOS, Fritz. Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis. In: IMMENGA, Ulrich (org.). *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*. Göttingen: Otto Schwartz, 1980. p. 261-279, p. 270.

23. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 234-235.

24. KARGL, Walter. *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*. Frankfurt a. Main; New York: P. Lang, 1993. p. 18 e p. 24-25.

ao Brasil, onde boa parte da população é composta de pessoas sem educação formal adequada.

Outros motivos, inclusive patologias mentais que acarretem no indivíduo o desejo de sofrer punição penal, podem levar à confissão inexata mas consciente.[25] A vontade de evitar a condenação de terceiros ou sua própria condenação por fatos mais graves são indicadas por Claus Roxin,[26] ao passo que Malatesta indica a hipótese de alguém que, sem casa, prefere confessar um delito para, preso, mais bem enfrentar o rígido inverno vindouro.[27]

Sendo assim, aceita-se pacificamente na doutrina já de algum tempo a necessidade de cotejar a confissão com as demais espécies de provas.[28] No direito brasileiro, a lição doutrinária restou expressamente positivada, ao menos nos arts. 197 e 200 do CPP. A melhor doutrina contemporânea aplaude a solução do Código.[29]

A confissão tem, pois, importância como um entre os demais meios de prova, não caráter de definitividade. Ao fim e ao cabo, a confissão não é mais que indício, a se valorar associada ao acervo probatório.[30]

---

25. FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987. p. 122 e ss. Igualmente: DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*, vol. II: L'accertamento. Milano: Giuffrè, 2010. p. 472.

26. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela Córdoba; Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 106.

27. MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 3. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2004. p. 451.

28. Consoante Hélio Tornaghi, os práticos defendiam que a confissão gera presunção e não prova plena e Farinácio expressamente advogava a tese da necessidade de que ela fosse averiguada, confrontada com o acervo probatório, nos pontos substanciais (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 4, p. 47-48.

29. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 391. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 403. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 4, p. 48-49.

30. Assim: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 238. HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo. Trad. Ramon Ragués i Vallès. In: HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal: sobre la teoría de la imputación*. Trad. Francisco Baldó Lavilla et al. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2009. p. 181-197, p. 193. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*, vol. II: L'accertamento. Milano: Giuffrè, 2010. p. 472. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum*

Ademais, de fora a parte a questão de se classificar ou não a confissão entre os indícios,[31] podem não ocorrer ela e mesmo o interrogatório do réu, porquanto tem ele o direito ao silêncio. Segundo o autor alemão Klaus Volk, em relação a questões objetivas, pode-se obter prova em sentido estrito a despeito do exercício desse direito pelo réu, ao passo que para questões subjetivas somente restam indícios.[32] Obviamente, o sistema de Justiça perderia qualquer efetividade se a aplicação das normas penais dependesse da confissão.

Portanto, necessário analisar os indícios. Antes, convém trazer algumas considerações sobre a presunção no âmbito do dolo. A uma, porque parte da doutrina defende serem essencialmente idênticos,[33] de modo que a distinção facilitará a compreensão dos indícios; e, a duas, pela importância histórica da presunção no âmbito do dolo.

Com a abolição da tortura e a decadência da confissão como "rainha das provas", aumentou a dificuldade da prova. Nesse contexto, a doutrina se voltou para as presunções de dolo, seja para todos os crimes, seja para alguns. No final do século XVIII e início do XIX, as presunções começaram a ser positivadas em leis europeias.[34]

A presunção, ao contrário do indício, cuida-se de juízo mais abstrato e genérico, sem fundamento em peculiaridades do caso concreto.[35] No caso do dolo, a presunção geral da ocorrência dos seus componentes empíricos derivaria apenas do cometimento do tipo objetivo. Essa presunção se baseia no

---

im Völkerstrafrecht: Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik. Berlin: De Gruyter Recht, 2007. p. 390.

31. Maria Thereza Rocha de Assis Moura entende não ser a confissão judicial plena verdadeiro indício. Para ela, somente a confissão parcial e a extrajudicial, plena ou parcial, podem se caracterizar como tais. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 82.

32. VOLK, Klaus. Concepto y prueba de los elementos subjetivos. Trad. Ramon Ragués i Vallès. *Revista Peruana de Ciencias Penales* 3/411-427. Lima, 2002. p. 414.

33. Também os diferenciam: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 4. ed. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Trotta: Madrid, 2011. p. 480. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 4, p. 165.

34. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*, vol. I: svolgimmento storico del concetto. Milano: Giuffrè, 2007. p. 162-163. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 283.

35. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 55.

que geralmente ocorre,[36] isto é, o fundamento da presunção geral de dolo era a própria natureza voluntária da ação humana, como ensinava Grolmann ainda em 1798. Partia-se da regra pela qual a conduta praticada se presumia voluntária. O prestigiado penalista Anselm von Feuerbach defendia a mesma lição.[37]

A presunção geral de dolo tinha a finalidade prática de constituir regra probatória para possibilitar a condenação quando o acusado não a conseguisse infirmar. Reputava-se dolosa a conduta se não houvesse prova nem contra e nem a favor do dolo e mesmo se houvesse prova contrária, mas insuficiente para afastar a presunção.[38]

Já na doutrina da época a presunção geral de dolo recebeu críticas, por se basear na premissa falsa de que os fatos dolosos sejam estatisticamente a regra.[39] Ademais, fundavam-se as críticas na presunção de inocência, entendida como *praesumptio boni viri*.[40]

O então Professor de direito de Tübingen, Borst, criticava a circularidade no raciocínio de Feuerbach, a qual mostrava desnecessária a presunção: "o dolo mau é presumido do fato mau quando este é estruturado de forma tal que o dolo dele se pode presumir".[41]

Interessante notar que a ideia da presunção geral do dolo ainda encontra adeptos na doutrina pátria contemporânea e é reputada majoritária por Gustavo Badaró.[42] Por exemplo, leciona Adalberto Aranha que "admite-se o dolo

36. HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo. Trad. Ramon Ragués i Vallès. In: HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal: sobre la teoría de la imputación*. Trad. Francisco Baldó Lavilla et al. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2009. p. 181-197, p. 190-191.

37. FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 5. ed. Gießen: Georg Friedrich Heyer, 1812. p. 60.

38. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 285.

39. BORST. Ueber den Beweis des bösen Vorsatzes. *Neues Archiv des Criminalrechts*, B. 2, p. 434-451, 1818. p. 434 e ss.

40. HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo. Trad. Ramon Ragués i Vallès. In: HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal: sobre la teoría de la imputación*. Trad. Francisco Baldó Lavilla et al. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2009. p. 181-197, p. 192.

41. Tradução livre de: "Der böse Vorsatz wird aus der bösen That vermuthet, wenn sie so beschaffen ist, dass derselbe daraus vermuthet werden kann" (BORST. Ueber den Beweis des bösen Vorsatzes. *Neues Archiv des Criminalrechts*, B. 2, p. 434-451, 1818. p. 439).

42. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 305.

como presumido porque incluído entres as chamadas 'circunstâncias concomitantes' referidas por Liebman". E arremata defendendo que "o dolo é presumido, surge como provado desde que demonstrado o fato, porque corresponde à normalidade psíquica quanto à figura delituosa".[43]

Hélio Tornaghi defendia presunções de dolo ou culpa mais restritas. Na sua lição, alguns crimes, como o homicídio de desafeto, têm o dolo presumido. As presunções para esse doutrinador decorrem do que ordinariamente se passa e têm caráter relativo.[44]

Acertadamente, por causa do ordenamento pátrio, a jurisprudência não aceita a presunção de dolo, nem para alguns crimes. A dúvida razoável quanto à prova dos seus elementos psíquicos favorece o réu.

Na mesma linha da presunção do dolo vinha a teoria do *dolus ex re*. Agora, não todas, somente algumas modalidades de cometimento de fatos criminosos implicariam por si só a subsistência do dolo. Circunstâncias concretas do delito permitiriam inferir a presença desse elemento subjetivo. Por outras palavras, "a prova do dolo *ex re* considera a globalidade de um fato concreto e se baseia em suas circunstâncias e natureza específicas, mas não permite afirmar de modo geral que os fatos sejam em sua maior parte dolosos".[45] Exemplificativamente, matar outrem com espada levaria à conclusão do dolo, independentemente de outras circunstâncias do caso.

Paulatinamente, o *dolus ex re* perdeu o prestígio. A sua formulação surgiu por causa do veto aos indícios pela *Constitutio Criminalis Carolina*. Portanto, o *dolus ex re* se tratava de construção para possibilitar a dispensa indireta à regra

43. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11 e 13. No mesmo sentido: MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Barueri: Manole, 2005. p. 353. SILVA, David Medina da. *O crime doloso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 52-54 e 129-131.

44. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 3, p. 468-469.

45. Tradução livre de: "La prueba del dolo ex re considera la globalidad de un hecho concreto y se basa en sus circunstancias y naturaleza específicas, pero no permite afirmar de modo general que los hechos sean en su mayor parte hechos dolosos" (HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo. Trad. Ramon Ragués i Vallès. In: HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal: sobre la teoría de la imputación*. Trad. Francisco Baldó Lavilla et al. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2009. p. 181-197, p. 192. Também von Weber, em 1825, inspirando-se no Digesto, o qual determinava que a prova do dolo se daria *ex re*, *ex facto* ou *ex insidiis*, dava conceito semelhante do *dolus ex re*. VON WEBER. Ueber die verschiedenen Arten des Dolus. *Neues Archiv des Criminalrechts*, B. 7, p. 549-580, 1825. p. 564-565.

de vedação do uso dos indícios da *Carolina*. Sucede que, depois da queda do sistema de prova legal, a prova indiciária novamente se tornou legítima e resultou inócua a construção do *dolus ex re*.[46]

Vedadas as presunções em desfavor do réu, visto que o recurso às ciências empíricas é deveras criticável e que a confissão nada mais é que indício dos componentes mentais do agente que constituem o dolo, resta analisar a chamada prova indiciária.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura assim os conceitua: "todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo". Esse "raciocínio faz-se pelas regras da experiência e da lógica, resultando no conhecimento provável acerca da existência de outro fato".[47] A norma do art. 239 do CPP brasileiro se adéqua ao conceito doutrinário se entendida a menção a "circunstância" como fato e "indução" não em sentido técnico mas no de "ato reconstrutivo do pensamento".[48]

A lição de Paolo Tonini sobre o indício é a mesma: "o procedimento por meio do qual, partindo de um fato provado (a circunstância indiciária), extrai-se, por meio de máximas de experiência ou leis científicas, a existência de um fato histórico a ser provado".[49] Os indícios diferem da prova não pelo objeto, "mas pela *estrutura do procedimento lógico*".[50]

Logo, excluídas as perícias (ou aceitas como indícios), admitindo-se o valor indiciário da confissão e afastadas as presunções no processo penal em desfavor do réu, a única prova possível dos elementos do dolo são os indícios, partindo-se de fatos externos.[51]

---

46. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*, vol. I: svolgimmento storico del concetto. Milano: Giuffrè, 2007. p. 170.

47. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 42. Adota esse mesmo conceito: BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 302.

48. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 43.

49. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 53.

50. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 55. (destaques no original).

51. Discussões outras são se esses elementos externos compõem ou não o conceito de dolo, como entende Hassemer, e se provam os elementos internos ou permitem a sua imputação, como quer Ragués i Vallès. Também é discutível se os estados mentais são

De há muito, a conclusão é aceita. Os antigos romanos já se preocupavam com todas as circunstâncias precedentes, concomitantes e posteriores ao fato criminoso para a pesquisa dos componentes do dolo.[52]

Também são os indícios o meio de prova mais adotados na atualidade para a prova dos elementos empíricos do dolo.[53] Não são possíveis provas diretas dos fatos psíquicos. Apenas se conseguem fatos materiais, prévios, concomitantes ou posteriores ao cometimento do crime, a partir dos quais se pode arguir que alguém teve vontade, convencimento, conhecimento de um fato etc.[54]

No plano internacional, alguns dos tratados internalizados pelo Brasil, como a Convenção de Viena, a de Palermo e a de Mérida expressamente determinam que o elemento subjetivo seja inferido a partir de circunstâncias fáticas objetivas.[55]

---

demonstrados ou compostos pelos comportamentos e seus contextos. Essa última é a posição do behaviorismo filosófico, adotado pelo autor no estudo mais amplo ao que se referiu. Todavia, considerando que pretendia se demonstrar a correção da prova de elementos empíricos do dolo a partir de fatos externos, esses debates podem sobejar do presente trabalho.

52. BRICOLA, Franco. *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*. Milano: Giuffrè, 1960. p. 9-11.

53. Vide, por exemplo: FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987. p. 13. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 4. ed. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Trotta: Madrid, 2011. p. 160-164. FIORE, Stefano. Il dolo. In: FRANCESCO, Giovannangelo; PIEMONTESE, Carmela; VENAFRO, Emma (orgs.). *La prova dei fatti psichici*. Torino: Giappichelli, 2010. p. 53-63 e p. 57-58. ROXIN, Claus. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: C.H. Beck, 2006. vol. 1, p. 450-451. KRAUSS, Detlef. Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht. In: HEINE, Günter; PIETH, Mark; SEELMANN, Kurt (orgs.). *Wer bekommt Schuld? Wer gibt Schuld?: Gesammelte Schriften von Detlef Krauß*. Berlin; Zürich: BWV, Dike, 2011. p. 71-86, p. 83. BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 120. DÖHRING, Erich. *La prueba: sua práctica y apreciación: la investigación del estado de los hechos del processo*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: El Foro, 1996. p. 329.

54. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 375. Na doutrina nacional: REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 224. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-145, p. 141.

55. PRADO, Rodrigo Leite. Dos crimes: aspectos subjetivos. In: CARLI, Carla Veríssimo de (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 275-323 e p. 293-294.

A jurisprudência brasileira também aceita os indícios para a prova do dolo. Há, decerto, como não poderia deixar de ser, preocupação quanto à coerência e valor probatório dos indícios no caso concreto. Por exemplo, o STF, reiterando jurisprudência pacífica, admitiu o uso dos indícios na recente APn 470.

3. INDÍCIOS E O PROBLEMA DA VERDADE

Sabe-se que os indícios são meio de prova bastante criticados pela sua suposta menor confiabilidade em relação a outros. Por outro lado, chegou-se à conclusão de que apenas provas com valor de indício servem à demonstração processual dos estados mentais componentes do dolo. Assim, é necessário estudar o valor probatório dos indícios, à luz das concepções mais recentes da verdade, atentando-se aos limites estreitos do trabalho.

Úteis, nesse intento, os ensinamentos de Georg Freund, autor sempre referenciado na doutrina recente sobre a prova dos elementos empíricos do dolo. Conquanto não se defenda sua tese, sua exposição e crítica possibilitam o entendimento adotado. Georg Freund parte da tese da impossibilidade de se alcançar a verdade material, no sentido de correspondência com os fatos, no processo penal, embora seja meta do procedimento. Para ele, isso acarreta necessariamente o risco de condenação de um inocente. A legitimidade da condenação depende, pois, de regras normativas, não só da base empírica.[56]

Em seguida, Freund tenta aplicar essa ideia à prova dos componentes do dolo, porque estes causam as maiores dificuldades probatórias. Freund defende que não se provam completamente os fatos psíquicos através dos indícios externos. O julgador nunca chegará ao grau de certeza quanto ao conhecido ou querido pelo agente porque é sempre outrem, com sua própria personalidade, o que prejudica a sua avaliação.[57]

Não há, em Freund, ao contrário da concepção tradicional, espaço para a chamada convicção subjetiva do juiz como forma de superar a dúvida ob-

56. FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987. p. 1 e ss.

57. FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987. p. 5-13.

jetiva decorrente das provas. Apenas normas de decisão podem legitimar a condenação.[58]

O primeiro estândar ou norma seria o de que "a *ingerência jurídica* vinculada ao risco de uma condenação errônea deve ser absolutamente *idônea* para alcançar o fim perseguido mediante ela (que se encontra no âmbito de tarefas do Estado)".[59] A condenação deve fortalecer a norma violada, na qual se funda a pena para a proteção de bens jurídicos. Ademais, a condenação legítima deve ser necessária e proporcional (especialmente à culpabilidade do agente, que precisa ser tratado como ser responsável e racional).[60]

A dificuldade de cumprimento desses requisitos, idoneidade, necessidade e proporcionalidade, varia conforme a espécie de dúvida. Então, necessário explicar, na ótica desse autor, as espécies de dúvida, em número de quatro. A primeira delas é a dúvida filosófica, posição cética quanto à possibilidade de conhecer. A segunda, a dúvida inevitável, decorre da possibilidade de superação futura do conhecimento atual. Deixar de condenar por causa dessas dúvidas implicaria o abandono pelo Estado de sua função de proteção.[61]

Mais importantes são a terceira e a quarta formas, a dúvida adicional frente a resultados probatórios de univocidade condicionada e a dúvida adicional

58. Tradução livre de: "Selbst wenn der Täter an sich zur Tatzeit um die generelle Lebensgefährlichkeit seiner Handlung 'wußte', ist noch nicht festgestellt, daß er sie auch in concreto so beurteilte" (FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987. p. 46-64).

59. Tradução livre de: "(...) der mit dem Fehlverurteilungsrisiko verbundene *Rechtseingriff* muß überhaupt *geeignet* sein, den mit dem Eingriff angestrebten – im Aufgabenbereich des Staates liegenden – Zweck zu erreichen" (FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987. p. 64. (destaques no original).

60. FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987. p. 66-69.

61. FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987. p. 56-57 e p. 71-78. Também Pérez Manzano defende que a necessidade de funcionamento do sistema penal é um *prius* lógico: PÉREZ MANZANO, Mercedes. Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: Edisofer, 2008. t. II, p.1453-1486, p. 1484.

frente a resultados probatórios discrepantes. Estas duas se subdividem em dúvida frente a uma base ontológica do juízo suscetível de ampliação e a uma base ontológica do juízo insuscetível de ampliação.[62]

A dúvida adicional frente a resultados probatórios de univocidade condicionada ocorre quando abstratamente não é possível nem afirmar e nem negar uma hipótese alternativa à que afirma o dolo. A base ontológica mesma do juízo é incompleta. Dita base pode ser ou não suscetível de ampliação.

Se for suscetível de ampliação, a dúvida pode ser superada pela atividade probatória do juiz, no intuito de descartar ou não a hipótese alternativa aos estados mentais do dolo. A condenação que ocorrer apesar de presente a dúvida dessa espécie não é legítima.[63]

A outra possibilidade, ainda dentro da dúvida frente a resultados probatórios de univocidade condicionada, é a de a base ontológica do juízo não ser suscetível de ampliação. Nesse caso, as exigências de idoneidade, necessidade e proporcionalidade impõem requisitos adicionais para a legitimidade da condenação.

A depender do caso, a ponderação entre diversos valores possibilita ou não a condenação legítima. A regra de Freund é a de que é não apenas necessário como suficiente "demonstrar que uma determinada *condenação concreta, apesar do risco de erro de julgamento* aqui tratado, constitui parte, *plena de sentido, de uma estratégia conjunta e convincente de controle social de natureza penal*". Essa a única hipótese em que a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade da condenação não podem ser objetadas à legitimidade, porque o desvalor da possível condenação errônea é menor que a utilidade da pena.[64]

---

62. FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987. p. 59-61 e 96 e ss.

63. FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987. p. 78 e ss.

64. O trecho entre aspas é tradução livre de: "belegen, daß eine bestimmte *konkrete Verurteilung trotz* des hier behandelten *Fehlurteilsrisikos* ein *sinnvolles Teilstück einer überzeugend konzipierten Gesamtstrategie strafrechtlicher Sozialkontrolle* darstellt" (FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987. p. 82-85. (destaques no original).

Nesse ponto, Georg Freund faz considerações específicas sobre os fatos psíquicos. A possibilidade de condenação errônea quanto a eles é menor porque o réu pode sem dificuldade alegar hipóteses alternativas à de ocorrência dos componentes empíricos do dolo. Se não o fizer, "*o possível 'erro no julgamento'* é sua *'culpa'*, motivo pelo qual *é declarado, com razão, culpado*". Tampouco há problemas sob a perspectiva da prevenção especial, porque o acusado não mostrou interesse em ser absolvido, e nem da prevenção geral, pois a punição nessas condições não se considera injusta.[65]

Na última espécie de dúvida, a adicional frente a resultados probatórios discrepantes, as alternativas têm apoio nas provas trazidas ao processo. Tal qual a dúvida adicional frente a resultados probatórios de univocidade condicionada, esta também se subdivide em dúvida que surge frente a uma base ontológica do juízo suscetível de ampliação e frente a uma base ontológica do juízo não suscetível de ampliação.[66]

A condenação com dúvida frente a resultadores probatórios discrepantes com base ontológica do juízo suscetível de ampliação não é legítima.[67]

No caso de dúvida frente a resultadores probatórios discrepantes e com base ontológica do juízo insuscetível de ampliação, cabe analisar o fato concreto.[68] Novamente são decisivos os critérios geral e particular. O geral é o já mencionado, de que a condenação seja parte, plena de sentido, de uma estratégia conjunta e convincente de controle social penal. O particular envolve a assunção de que a condenação será legítima se for possível e exigível ao acusado precisar ou ampliar seus álibis sem que o faça, o que ocorre quando estes não são convincentes. Essa omissão na alegação de álibis precisos e amplos ocorreria por

65. O trecho entre aspas é tradução livre de: "das *mögliche 'Fehlurteil' wäre seine 'Schuld'*, so daß er *mit Recht schuldig gesprochen* wird" (FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987. p. 86 e ss. (destaques no original)

66. FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987. p. 96 e ss.

67. FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987. p. 96 e ss.

68. FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987. p. 97 e ss.

culpa do acusado, de modo que a condenação não vulnera qualquer garantia penal ou processual.[69]

Embora tenha óbvios acertos, a exemplo da tentativa de diminuição da discricionariedade do juiz oculta por trás do julgamento com base em sua convicção íntima, a tese de Georg Freund não deve ser aceita. Consoante Gabriel Pérez Barberá, Georg Freund não respeita seu próprio ponto de vista no tocante à impossibilidade de uma verdade material. Legitimar a condenação ante a possibilidade de erro pela inatingibilidade da verdade material significa implicitamente aceitar a alcançabilidade da verdade material. Essa verdade se torna parâmetro de verificação da decisão. Então, a necessidade de legitimação decorre da impossibilidade de se obter a verdade.[70]

Entende-se hodiernamente que, no processo penal, busca-se a respeito dos elementos empíricos uma crença justificada, no sentido de racional, epistemicamente justificada, a respeito de algo. A busca da chamada verdade absoluta não é mesmo o fim do processo e nem sequer deve o juiz decidir apenas quando concluir que a encontrou.[71]

O consenso racional se incorpora, dessa forma, ao próprio conceito de verdade. Ao se aludir a consenso racional, vale trazer as ponderações de Winfried Hassemer sobre as diferenças entre o discurso livre de dominação e o discurso do processo penal. Hassemer anota algumas condições básicas do processo de acordo com a cultura jurídica atual: 1. deve se ocupar de um fato punível, não podendo os participantes convencionar o objeto do discurso sem qualquer dominação; 2. o processo penal deve se concluir, não se prolongando indefinidamente à espera de consenso sem dominação; 3. o processo por vezes obriga à intervenção, inclusive por sanções e força física: não é facultativa a participação e nem o momento da participação; e, 4. as consequências da participação não estão à disposição dos participantes. A discussão institucional do processo não é, pois, mera deturpação do discurso livre de dominação. Como anota Hassemer, o discurso livre de dominação seria a própria abolição do processo e do caráter coercitivo do

69. FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987. p. 98 e ss.

70. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 618-623.

71. BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 32.

direito, embora a comunicação entre juiz e acusado não seja em si mesma necessariamente violenta.[72]

Na doutrina pátria, Pierre Amorim e Afrânio Jardim ensinam que "a busca da verdade real (...) não se trata (...) da verdade ontológica, mas sim da verdade possível, circunscrita às limitações da reconstrução histórica dentro de um processo".[73]

Antonio Cabral lembra que a prova não tem mais apenas a chamada função demonstrativa, de trazer ao processo uma inalcançável "verdade absoluta". Adquire, após as teorias do discurso para atingir a verdade, o sentido persuasivo. A verdade processual se obtém pela argumentação e persuasão, pelo contraditório dos litigantes.[74]

Admitida como consenso racional, a verdade se compatibiliza com a ideia da necessidade de prova da culpabilidade "para além da dúvida razoável" (*beyond any reasonable doubt*, no sistema anglo-saxão, donde o acrônimo da fórmula Bard), ante a presunção de não culpabilidade do acusado. Esse ônus, no processo penal de cunho acusatório cabe ao Estado. Não há, portanto, contradição entre a necessidade de prova para além da dúvida razoável e a impossibilidade de obtenção da verdade material.

Cabe, então, aprofundar a respeito do princípio impropriamente chamado da presunção de inocência (rigorosamente se cuida de não culpabilidade),[75] sempre considerando os limites do trabalho. O princípio é visto como garantia política do estado de inocência, como regra de julgamento no caso de dúvida e como regra de tratamento do acusado.[76]

---

72. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 186-191 e 223.

73. JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 12. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 228. Igualmente: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 193-194. GRINOVER, Pellegrini Ada; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 156.

74. CABRAL, Antonio do Passo. Questões processuais no julgamento do mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública. *RT* 933/131-149, a. 102. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013. p. 140.

75. Conforme a posição, entre outros, de: BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo penal e gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 18-26.

76. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 280.

No primeiro sentido, traz a necessidade de prova para o convencimento sobre a verdade dos fatos para além de qualquer dúvida razoável, *standard* probatório conhecido nos sistemas de *common law* desde o século XVIII.[77] Cuida-se de garantia epistemológica, impondo a necessidade de que a prova para a condenação tenha probabilidade maior que as alternativas excludentes. Sendo impossível "uma verdade absoluta, mas apenas a maior aproximação possível da verdade, e sendo a certeza definida (...) como (...) uma elevadíssima probabilidade, a ideia de probabilidade lógica ou indutiva mostra-se a mais adequada".[78] Igualmente, o processualista italiano Michele Taruffo ensina que "os cálculos da probabilidade quantitativa não são aplicáveis ao processo. Há sentido falar sobre probabilidade no que concerne ao raciocínio probatório, desde que se refira ao conceito de probabilidade lógica".[79]

No segundo aspecto, a presunção de inocência é regra de julgamento a se utilizar se houver dúvida relevante sobre a prova da alegação de um fato no processo. Liga-se, pois, ao também impropriamente chamado ônus objetivo da prova.[80] Nessa segunda acepção, o núcleo do princípio é a máxima do *in dubio pro reo*.

Sendo a verdade relativa ou provável, a questão passa a ser o grau de probabilidade para se ter uma alegação de fato por verdadeira. A presunção de não culpabilidade não traz critérios exatos, matemáticos, para distinguir a dúvida razoável da irrazoável. Nada obstante, a presunção de não culpabilidade permite notar que há graus na dúvida ao determinar que se vá além da dúvida razoável.

Então, não é acertada a tese da exigência de certeza para a prova, inclusive dos elementos empíricos do dolo. As próprias limitações processuais sempre

77. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. *Revista Jurídica* 363/127-144, a. 56. Porto Alegre, jan. 2008. p. 131-132.

78. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 53. Igualmente, no tocante ao dolo: DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*, vol. II: L'accertamento. Milano: Giuffrè, 2010. p. 166-167.

79. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madri; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 114.

80. "(...) o *ônus da prova objetivo*, identificado com a regra de julgamento, determina *como* o juiz deverá julgar se no momento de sentenciar estiver em dúvida sobre fato relevante" (BADARÓ, Gustavo. O álibi do acusado e o *in dubio pro reo* no acórdão da APn 470/MG. *RT* 933/251-272, a. 102. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013. p. 257. (destaques no original).

ou em muitos dos casos possibilita ao menos um resquício de dúvida, máxime em se tratando de elementos subjetivos do delito. A presunção de não culpabilidade de modo nenhum acarreta a necessidade de escolher entre a certeza ou a absolvição. A verdade processual é sempre provável, independentemente dos meios de prova utilizados concretamente, inclusive indícios. O caso concreto é que permitirá saber o motivo para tanto ou, não o permitindo, mantendo a situação de dúvida, levará à absolvição dessa pessoa, se processada por esse crime.

Essa concepção não equivale à de Georg Freund. O autor pretende corrigir a impossibilidade de obter a verdade com critérios normativos de legitimação. A via adotada não pretende legitimar a impossibilidade de se chegar à verdade, mas entende que a verdade é o próprio consenso racional acerca de enunciados de fato trazidos validamente ao processo.

Nesse ponto, ressaltada a importância da presunção de inocência (não culpabilidade), de se salientar que outra das críticas muito comuns à posição de Georg Freund é o da violação a esse princípio com a indicação de algumas das regras normativas de legitimação de condenações possivelmente errôneas. Rigorosamente, o réu não tem dever e nem sequer o ônus de falar, ainda que se chegue a uma dúvida objetiva. Georg Freund transforma a mera faculdade do réu de ser interrogado sobre os fatos em ônus absoluto de criar versão plausível. Logo, a distinção entre a condenação legítima ou ilegítima a depender da negativa ou não do réu de falar não se compatibiliza com o ordenamento pátrio. No Brasil, o ordenamento positivo trata o silêncio como direito do acusado.

Haveria problemas adicionais. Embora o interrogatório seja considerado faculdade do réu, há ao menos duas previsões no Código de Processo Penal em que se considera discricionário o poder do juiz ou do tribunal de possibilitar o interrogatório, a do art. 196 e a do art. 616. Não há direito subjetivo a ser interrogado a qualquer tempo. Logo, o réu pode não exercer no momento previsto a faculdade de ser interrogado sobre os fatos e, posteriormente, manifestar o interesse de o fazer. Esse requerimento de novo interrogatório pode ser indeferido. Nessa situação, como julgar?

A indagação é relevante, pois, embora o réu tenha, em um primeiro momento, deixado de manifestar interesse na absolvição, podendo ser condenado sem problemas no tocante à prevenção especial, na linguagem de Georg Freund, não teria se conformado posteriormente com a possível pena ao pleitear nova oportunidade de ser interrogado. Porém, não o foi porque o juiz ou tribunal indeferiu, não havendo, apenas por isso – e não por culpa do réu – o alargamento da base empírica.

COSTA, Pedro Jorge. Meios de prova dos componentes empíricos do dolo, os volitivos e os cognitivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 83-108. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

O mesmo pode ocorrer nas hipóteses de julgamento à revelia do acusado. Com efeito, passado o prazo máximo de suspensão do processo, determinada por força do art. 366 do CPP, isto é, se o réu foi citado por edital e não compareceu nem constituiu advogado, o feito volta a ter curso, consoante o enunciado da Súmula 415 do STJ.

A teoria de Freund, no direito brasileiro, levaria a aporia nesses casos: nem o réu poderia ser culpado pela falta de alargamento da base probatória, nem haveria o alargamento da base porque faltaria sua versão contrária à acusação.

Poderia haver a solução do *in dubio pro reo* para absolver o réu. Mas, se era possível a absolvição mesmo sem o alargamento da base probatória, ao fim e ao cabo o mero requerimento (indeferido) de interrogatório, no qual o réu poderia até confessar ou novamente se calar, bastaria a impedir a condenação. A revelia, com a óbvia falta de versão defensiva esgrimida pelo próprio réu, igualmente permitiria a absolvição. Logo, a base probatória, independentemente do exercício do direito ao interrogatório e do que o réu alegue, é que permite a decisão pela condenação ou absolvição.

Por tudo isso, a teoria de Georg Freund não se compatibiliza com o direito brasileiro. Ademais, os critérios normativos de Freund, idoneidade, necessidade e proporcionalidade, são condições para a pena, não para decidir se esta é ou não possível diante do quadro probatório.

Logo, inexiste vedação à condenação por provas com valor de indícios de elementos empíricos do dolo. Rigorosamente não há distinção *a priori* entre os indícios e os demais meios de prova quanto à possibilidade de produção de verdade (processual). Por óbvio, é preciso avaliar o caso concreto a fim de se concluir pela suficiência ou insuficiência deles para a condenação.

4. CONCLUSÃO

Para a prova dos elementos empíricos do dolo, apenas se pode lançar mão de fatos externos, empiricamente apreensíveis, ou seja, meios de prova com valor de indícios, que demonstram ou constituem (a depender da tese de filosofia da mente adotada) os estados mentais como o querer e o conhecer.

As presunções em desfavor do réu efetivamente não podem ser aceitas porque se chocam com a presunção de não-culpabilidade. Todavia, a condenação baseada em indícios não ofende, por si só, a necessidade de prova dos elementos empíricos do dolo para além da dúvida razoável. De fato, abandonou-se de vez a pretensão de certeza e de consecução da verdade material entendida, no caso do dolo, como correspondência exata entre os enunciados de fato e o que se passou na cabeça do agente no momento da conduta penalmente relevan-

COSTA, Pedro Jorge. Meios de prova dos componentes empíricos do dolo, os volitivos e os cognitivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 83-108. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

te. A probabilidade lógica de existência dos elementos empíricos do dolo no momento do fato podem ser produzidas por indícios, sem a necessidade, para a condenação, de se recorrer a normas de legitimação como as propostas por Georg Freund.

Portanto, no quadro atual do conhecimento humano, deve-se aceitar o inevitável uso dos elementos externos para a demonstração dos estados mentais. Vedar seu uso levaria ao afastamento da responsabilidade subjetiva no direito penal.

Dentro do quadro atual, o desafio é debater, inclusive na doutrina, quais são concretamente os indícios necessários e suficientes para a prova dos componentes empíricos dos elementos subjetivos a fim de se reduzir a arbitrariedade na decisão. A tarefa, mesmo no direito comparado, reputa-se historicamente esquecida pela doutrina, com algumas poucas exceções, ligadas a crimes de sangue do chamado direito penal nuclear (a exemplo do número e espécie de ferimentos para se concluir pela lesão corporal ou pelo homicídio).

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. *Revista Jurídica* 363/127-144, a. 56. Porto Alegre, jan. 2008.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo penal e gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BORST. Ueber den Beweis des bösen Vorsatzes. *Neues Archiv des Criminalrechts*, B. 2, p. 434-451, 1818.

BRESSER, Paul H. Die Ermittlung des subjektiven Tatbestands. Grundsätzliches über "Psychologie und Recht". In: WARDA, Günter et al. (orgs.). *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1976. p. 665-685.

BRICOLA, Franco. *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*. Milano: Giuffrè, 1960.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

COSTA, Pedro Jorge. Meios de prova dos componentes empíricos do dolo, os volitivos e os cognitivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 83-108. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. Questões processuais no julgamento do mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública. *RT* 933/131-149, a. 102. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-145.

COLLICA, Maria Teresa. Ruolo del giudice e del perito nell'accertamento del vizio de mente. In: FRANCESCO, Giovannangelo; PIEMONTESE, Carmela; VENAFRO, Emma (orgs.). *La prova dei fatti psichici*. Torino: Giappichelli, 2010. p. 1-39.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio. *Doctrina y jurisprudencia penal*, vol. 2, n. 4, p. 3-30. Santiago, 2011.

DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. New Haven; London: Yale University, 1997.

DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo, vol. I: svolgimmento storico del concetto*. Milano: Giuffrè, 2007.

_____. *Il dolo, vol. II: L'accertamento*. Milano: Giuffrè, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito: bases metodológicas*. 2. ed. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2007.

DÖHRING, Erich. *La prueba: sua práctica y apreciación: la investigación del estado de los hechos del processo*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: El Foro, 1996.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 5. ed. Gießen: Georg Friedrich Heyer, 1812.

FIORE, Stefano. Il dolo. In: FRANCESCO, Giovannangelo; PIEMONTESE, Carmela; VENAFRO, Emma (orgs.). *La prova dei fatti psichici*. Torino: Giappichelli, 2010. p. 53-63.

FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987.

GRINOVER, Pellegrini Ada; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HIRSCHBERG, Max. *Das Fehlurteil im Strafprozess: zur Pathologie der Rechtsprechung*. Stuttgart: Goldbach, 1962.

HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo. Trad. Ramon Ragués i Vallés. In: HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal: sobre la teoría de la*

imputación. Trad. Francisco Baldó Lavilla et al. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2009. p. 181-197.

KARGL, Walter. *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*. Frankfurt a. Main; New York: P. Lang, 1993.

KLEINSCHROD, Gallus Aloys. *Systematische* Entwickelung *der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*. 2. ed. Erlangen: Johann Jakob Palm, 1799. vol. 1.

KRAUSS, Detlef. Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht. In: HEINE, Günter; PIETH, Mark; SEELMANN, Kurt (orgs.). *Wer bekommt Schuld? Wer gibt Schuld?: Gesammelte Schriften von Detlef Krauß*. Berlin; Zürich: BWV, Dike, 2011. p. 71-86.

LOOS, Fritz. Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis. In: IMMENGA, Ulrich (org.). *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*. Göttingen. 1980. p. 261-279.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 3. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2004.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Barueri: Manole, 2005.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: Edisofer, 2008. t. II, p.1453-1486.

PETERS, Karl. *Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses*. Tübingen: Mohr, 1963.

PRADO, Rodrigo Leite. Dos crimes: aspectos subjetivos. In: CARLI, Carla Veríssimo de (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 275-323.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *RBCCrim* 69/129-155, a. 15. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2007.

_____. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela Córdoba; Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

_____. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4. ed. München: C.H. Beck, 2006. vol. 1.

SILVA, David Medina da. *O crime doloso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht: Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik*. Berlin: De Gruyter Recht, 2007.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 4. ed. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Trotta: Madrid, 2011.

_____. *Uma simples verdade*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madri; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: Ed. RT, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 4.

VOLK, Klaus. Concepto y prueba de los elementos subjetivos. Trad. Ramon Ragués i Vallès. *Revista Peruana de Ciencias Penales* 3/411-427. Lima, 2002.

VON WEBER. Ueber die verschiedenen Arten des Dolus. *Neues Archiv des Criminalrechts*, B. 7, p. 549-580, 1825.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A verdade como ferramenta de investigação criminal à luz do garantismo penal, de Roberto Antônio Darós Malaquias – *RT* 952/265-293 (DTR\2015\766);
- Notas tempestivas sobre a verdade no processo penal, de Daniel Leonhardt dos Santos e Yuri Felix – *RTSP* 4/51 (DTR\2014\9402);
- O problema da verdade na investigação criminal, de Eliomar da Silva Pereira – *RBCCrim* 91/91 (DTR\2011\2351); e
- Subjetividade e processo penal: assumindo a complexidade ínsita à decisão, de Thiago Alessandro Fattori – *RBCCrim* 103/191-244 (DTR\2013\7214).

BZ112

Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica

Law 12.402/2011 – A jurisprudential study of application of the precautionary measures different from prison under the Superior Courts: a jurimetric approach

Pedro Machado de Almeida Castro
Mestre em Processo Penal pela Universidade de São Paulo. Advogado.
pmacastro@usp.br

Área do Direito: Processual; Penal

Resumo: Artigo baseado no 5.º capítulo da dissertação de mestrado intitulada *As medidas cautelares pessoais diversas da prisão à luz da proporcionalidade*, defendida pelo autor em abril de 2015 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do professor Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Trata-se de estudo jurimétrico (estatístico) de aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão em nossos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Processo penal – Medidas cautelares pessoais – Jurisprudência – Jurimetria – Estatística dos Tribunais Superiores – Pesquisa quantitativa.

Abstract: Article based on the 5th chapter of the dissertation entitled *The various personal precautionary measures different from prison from the perspective of proportionality*, presented by the author in april 2015 at the Law Faculty of the University of São Paulo, under Professor Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró orientation. It is a jurimetric study (statistical) of the application of the various personal protective measures in our Superior Courts .

Keywords: Criminal procedure – Personal precautionary measures – Jurisprudence – Jurimetrics – Statistics of the Superior Courts – Quantitative measures.

Sumário: 1. Introdução – 2. Metodologia de pesquisa – 3. Análise da jurisprudência do STJ – 4. Análise da jurisprudência do STF – 5. Comparativo entre as instâncias extraordinárias – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

Castro, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

1. INTRODUÇÃO

Quando da entrada em vigor da Lei 12.403/2011 o Brasil contava com cerca de 500.000 presos, sendo que mais de 160.000 (32%) correspondiam à única medida cautelar prevista à época – ou seja, prisão provisória.[1] Hoje, passados em torno de 4 anos, o sistema carcerário é ainda pior, contando com algo em torno de 715.000 presos (565.000 no sistema carcerário, mais algo perto de 150.000 em prisão domiciliar), sendo 232.000 decorrentes da prisão provisória (ou seja, 41% dos 565 mil, ou, 32% dos 715 mil).[2]

A noção das novidades trazidas com o advento da Lei 12.403/2011 já foi posta e reposta por diversas correntes doutrinárias,[3] que, além do estudo da lei, serviram-se de informação e percepção advindas do estudo de direito com-

1. Dados colhidos do Departamento Penitenciário Nacional – Depen: *Sistema penitenciário no Brasil – dados consolidados*. Ministério da Justiça, 2008. p. 33.

2. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. Brasília, jun. 2014. Encontrado em: [www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf]. Acesso em: 25.11.2014.

3. São exemplos: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. *Revista do Advogado* 113/71-82, set. 2011; CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006; FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais diversas da prisão – Brasil e Itália. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (orgs.). *Livro em homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: LMJ, 2014. p. 83-96; FERNANDES, Og. (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Ed. RT, 2011; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coords.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Ed. RT, 2011; LOPES JUNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a Lei 12.403/2011*. São Paulo: Saraiva, 2011; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011; NICOLITT, André Luiz. *Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e demais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011; NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403/2011*. São Paulo: Ed. RT, 2011; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização do processo penal. Lei 12.403, de 05.05.2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; dentre tantos outros.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

parado. Para além da letra fria da lei e da doutrina, também a jurisprudência se mostra fonte válida do direito.[4]

Mariângela Gama de Magalhães Gomes coloca que:

"(...) a concretização do ditado legislativo é obra da prática judicial em seu conjunto; não vem completa por um único e isolado ato de decisão, mas surge através de um processo, mais ou menos contínuo, de precisão, de diferenciação e de aperfeiçoamento do conteúdo lógico imanente à norma, no qual as precedentes valorações de alcance mais geral gradualmente amadurecem".[5]

Nessa esteira, legítimo é o estudo jurimétrico,[6] de forma a colher, objetivamente, dados concretos sobre a real utilização dos novos institutos trazidos à nossa legislação, bem como sua forma de aplicação.[7] Em outras palavras, a análise de aceitação das mudanças trazidas e a proporcionalidade em sua aplicação.

4. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial*: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008. p. 40. "A pesquisa de jurisprudência consiste em um dos mais ricos dotes para os operadores do direito. Dominar a técnica de análise e investigação do pensamento do tribunal e das altas cortes por meio de sua produção e julgados se apresenta como um elevado instrumento do saber" (GONÇALVES, Wilson José. *Monografia jurídica*: técnicas e procedimentos de pesquisa. Campo Grande: UCDB, 2001. p. 116).

5. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 42.

6. O estudo jurimétrico – ou, jurimetria – trata-se, exatamente, da "pesquisa empírica com preponderante abordagem estatística", como coloca Marcelo Guedes Nunes. "A jurimetria é a disciplina que tem por objetivo investigar o direito através da estatística. Seu propósito é entender quais são as verdadeiras causas que animam a criação das normas que compõem a ordem e quais são os efeitos que elas produzem nas pessoas. Tal compreensão requer uma dose de subversão da forma com a qual estamos acostumados a estudar direito. Fontes tradicionais da pesquisa jurídica, como a doutrina e o texto literal da lei, assumem um papel coadjuvante na pesquisa jurimétrica. Enquanto na dogmática o trabalho de pesquisa praticamente se esgota com a coleção de posições doutrinárias a respeito das intepretações que se podem dar às leis, na jurimetria esses sentidos são apenas categorias para a construção de variáveis que, por exemplo, busquem verificar na realidade dos tribunais quais são as posições dominantes e quais as tendências para o futuro. A jurimetria se distingue da tradicional dogmática tanto por seu objeto como pelo seu método. O objeto da jurimetria não é apenas a norma jurídica, mas o comportamento dos homens ao criar e ao reagir às normas", completa o autor. (O que é jurimetria? *RDB* 62/253 e ss., out. 2013).

7. GABARDO, Emerson; MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro. Institucionalismo e pesquisa quantitativa como metodologia de análise de decisões judiciais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* 63/151, jul.-dez. 2013.

Desta feita, o presente artigo tem por finalidade verificar o impacto da Lei 12.403/2011 no judiciário brasileiro, tendo em vista que os contornos dados pelos Tribunais Superiores devem traçar a linha a ser seguida quando da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão e seus requisitos em instâncias ordinárias.[8]

Assim, vejamos qual fora a metodologia de pesquisa utilizada.

2. METODOLOGIA DE PESQUISA[9]

A metodologia de pesquisa principal escolhida foi a forma quantitativa. A doutrina explica que este método, embora não muito usual na ciência do direito (vez que mais afeito a pesquisas exclusivamente qualitativas), "(...) podem ser utilizadas pelo direito para inovar o conhecimento e compreender fenômenos jurídicos de maior complexidade".[10]

8. Nesse contexto: "Na realidade, em qualquer área de estudo, não deve existir uma separação estanque entre enfoques qualitativo e quantitativo, mas sim uma complementaridade entre essas duas formas de análises. É possível realizar uma pesquisa prioritariamente quantitativa, mas isso não significa que os números não falam por si, dependem de uma análise valorativa. (...) Assim, como ciência social aplicada, a produção de conhecimento jurídico deve ser sempre contextualizado a partir de situações problematizadas em sua dimensão cultural e não se restringir apenas a elucubrações teóricas sem qualquer vínculo com o mundo fático" (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LARA, Mariana Alves; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa. Pesquisa quantitativa na produção do conhecimento jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* 60/296, jan.-jun. 2012. Disponível em: [www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/186]. Acesso em: 15.11.2014). Emerson Gabardo e Felipe Tadeu Ribeito Morettini explicam que "(...) além dos resultados obtidos com a pesquisa quantitativa e com a estatística, eminentemente descritivos, podemos aprimorar a análise dos dados para demonstrar o papel do Poder Judiciário como instituição que influencia o comportamento dos agentes diretamente envolvidos em suas decisões" (Institucionalismo e pesquisa quantitativa como metodologia de análise de decisões judiciais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* 63/171, jul.-dez. 2013. Disponível em: [www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v63p151/1433]. Acesso em: 15.11.2014).

9. A lista de processos pesquisados pode ser encontrada ao final do presente trabalho.

10. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LARA, Mariana Alves; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa. Pesquisa quantitativa na produção do conhecimento jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* 60/291, jan.-jun. 2012. Disponível em: [www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/186]. Acesso em: 15.11.2014. No mesmo sentido: "A pesquisa quantitativa jurisprudencial, além de

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

O método quantitativo, assim, (...) utiliza a coleta e análise de dados para responder às questões de pesquisa e testar as hipóteses estabelecidas previamente, e confia na medição numérica, na contagem e frequentemente no uso de estatística para estabelecer com exatidão os padrões de comportamento de uma população.[11]

Dentro desta ocasião, visamos responder: "qual impacto da Lei 12.403/2011 no sistema de Justiça criminal nos Tribunais Superiores?"; "qual a relação de aplicação das novas medidas, em comparação com a prisão e a liberdade provisória?"; "quais os métodos (recursos) utilizados para se levar tal questão aos Tribunais Superiores?"; "qual a forma de fundamentação na escolha e fixação das medidas (ou sua negativa)?"; "quais as medidas mais utilizadas?"; "qual a relação de aplicação isolada e cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão?".[12]

---

permitir a objetivação dos dados da realidade com que o pesquisador trabalha, leva ao desenvolvimento do próprio conhecimento científico urídico ao aproximá-lo de outras ciências sociais. A utilização de uma abordagem institucionalista na metodologia de pesquisa permite identificar o papel do Poder Judiciário como gerador do comportamento dos agentes diretamente envolvidos em suas decisões" (GABARDO, Emerson; MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro. Institucionalismo e pesquisa quantitativa como metodologia de análise de decisões judiciais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* 63/151, jul.-dez. 2013. Disponível em: [www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v63p151/1433]. Acesso em: 15.11.2014). Também: "Nesse contexto, percebe- se que, de uns tempos para cá, tem-se prestado atenção ao que poderíamos chamar de argumentos 'quantitativos', ou seja, fundados em mensurações estatísticas. Seu emprego ainda é incipiente, nos arrazoados judiciais, jurisprudência e doutrina, mas antevê-se o aumento considerável desta 'nova' forma de argumentação. Sustentar a pertinência, ou impertinência, de certo entendimento em torno da lei em dados estatísticos corresponde a forma de organizar raciocínios inteiramente compatível com o discurso contemporâneo; é inevitável que reflita na argumentação jurídica" (COELHO, Fábio Ulhoa. Os usos da jurimetria. *RDB* 63/196, jan. 2014).

11. SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Hernández; LUCIO, Pilar Batista. *Metodologia de pesquisa*. São Paulo: MacGraw-Hill, 2006. p. 5.

12. Estas foram algumas das questões levantadas baseando-se nos estudos dos capítulos anteriores (legislação, doutrina e direito comparado) quando da elaboração da dissertação de mestrado já mencionada. Emerson Gabardo e Felipe Tadeu Ribeito Morettini colocam que "(...) antes de se iniciar qualquer tipo de pesquisa por meio do método científico, o pesquisador deve sempre formular um problema e sugerir hipóteses para sua solução. Como chegar à comprovação ou não das hipóteses levantadas é o papel que cabe à metodologia e à técnica. Por tal motivo, esta deve ser sempre posterior ao levantamento do problema e sugestão das hipóteses, já que a

Para tanto, utilizamo-nos da pesquisa de jurisprudência nos sítios do STJ[13] e do STF,[14] onde, em ambas as casas, foram utilizados os exatos mesmos termos de pesquisa, bem como a mesma periodicidade.

Depois de uma análise prévia de expressões,[15] chegou-se à pesquisa pela dicção "319 e Processo adj1 Penal".[16] Tal conjunto de palavras se mostrou o mais satisfatório para encontrar uma quantidade razoável de processos, sem que a pesquisa fosse desarranjada com processos cujo tema nada tem a ver com o estudo aqui realizado, ou com uma quantidade ínfima a ser analisada.

Ademais, dado que a publicação da lei se deu em maio de 2011, o grande número de processos que existem desde sua entrada em vigor, além do tempo médio de demora do processamento dos recursos nos tribunais, achou-se por bem delimitar a pesquisa comparando apenas processos julgados no 2.º semestre de cada ano, de 2011 a 2014 (independentemente da data de publicação do acórdão).[17]

A delimitação de tempo, a fim de diminuir um pouco o número de acórdãos analisados, em nada prejudica o estudo, vez que, como explicam Emerson Gabardo e Felipe Tadeu Ribeiro Morettini, "(...) a pesquisa quantitativa pode ser extremamente trabalhosa se o universo da população a ser analisada for muito extenso, gerando uma quantidade imensa de dados, podendo o

---

eles deve ser ajustada." (Institucionalismo e pesquisa quantitativa como metodologia de análise de decisões judiciais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* 63/156, jul.-dez. 2013. Disponível em: [www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v63p151/1433]. Acesso em: 15.11.2014).

13. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/].
14. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp].
15. Algo como: "medidas cautelares e processo penal", "novas medidas cautelares", "medidas cautelares e proporcionalidade", "319 e proporcionalidade", "319 e processo penal e proporcionalidade" etc.
16. O conectivo "e" na pesquisa faz com que o buscador encontre apenas ementas de acórdão que contêm todas as palavras, sendo que o "adj1" entre as palavras Processo e Penal indica que esta última será a palavra seguinte a "Processo", tornando a pesquisa mais precisa, evitando-se achar "penal" correspondente, por exemplo, ao direito material.
17. Delimitado o período, assim, entre 01.07.ano a 31.12.ano; menos o ano de 2014, o qual teve sua pesquisa limitada a 13.11.2014, devido à necessidade de finalização e formatação da dissertação. Acreditamos que tal delimitação não causou prejuízos, vez que, embora com pouco mais de um mês de diferença, encontrou praticamente o mesmo número de resultados do ano anterior, com o que se verá.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

pesquisador lançar mão da amostragem para facilitar seu trabalho sem perder o rigor científico".[18]

Além de tudo, achou-se por bem fazer uma leitura temporal dos julgados, de forma que a análise dos acórdãos se deu do mais antigo para o mais novo, de forma a possibilitar acompanhar a evolução do tema.

Isto posto, não restam dúvidas de que a pesquisa quantitativa se mostra um instrumento pertinente e eficaz na análise da matéria da presente dissertação, mormente quando, como afirma Mariângela Gama de Magalhães Gomes, "(...) cabe à jurisprudência rejuvenescer a lei. Sem perder de vista a essência do preceito, ela deve se adaptar à realidade social e às mudanças da vida cotidiana, de modo a propiciar a evolução do direito como um todo".[19]

Ao fim e ao cabo, explicita a doutrina sobre o método utilizado:

"Também dados quantitativos brutos e estatísticos levantados e organizados pelos Tribunais ou coletados pelos pesquisadores nesse ambiente e em seus arquivos são fontes inestimáveis para a pesquisa jurídica. Atualmente, relatórios e pesquisas realizadas pelo CNJ ou por outras instituições como o Ministério Público, associações comunitárias, organizações não-governamentais, dentre tantas outras, constituem-se como bancos de dados inestimáveis às pesquisas jurídicas".[20]

---

18. GABARDO, Emerson; MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro. Institucionalismo e pesquisa quantitativa como metodologia de análise de decisões judiciais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* 63/164, jul.-dez. 2013. Disponível em: [www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v63p151/1433]. Acesso em: 15.11.2014. E completam os autores: "Caso as variáveis selecionadas não gerem tantas informações, a melhor opção é não a utilizar para evitar críticas à seleção das amostras. Exemplo: caso se pretenda fazer análise jurisprudencial sobre o tema 'prisão cautelar', fatalmente o pesquisador deverá reduzir sua coleta de dados às amostras previamente delimitadas. Caso o tema seja 'O *amicus curiae* no STF' não será necessário fazer a pesquisa por amostragem, uma vez que são poucos os casos nesse sentido".

19. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 75.

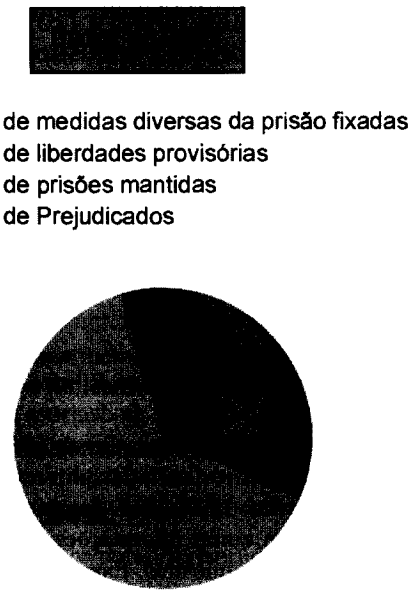
20. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LARA, Mariana Alves; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa. Pesquisa quantitativa na produção do conhecimento jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* 60/312, jan.-jun. 2012. Disponível em: [www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/186]. Acesso em: 15.11.2014. Também: "Afinal, não há outro meio para se aferir o sucesso ou o fracasso de um esforço legislativo que não através da comparação dos objetivos declarados pelo legislador (como, por exemplo, reduzir a taxa de uma conduta criminosa,

3. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Os dados colhidos nos acórdãos foram sistematizados de forma a podermos comparar a evolução, ano a ano, do instituto em estudo. Diante da metodologia já explicitada, achamos a quantidade de 24 processos sobre o tema em 2011; 57 em 2012, 101 em 2013 e 94 em 2014 (sendo que, neste último caso, a pesquisa se deu entre os acórdãos julgados até 13.11.2014).[21]

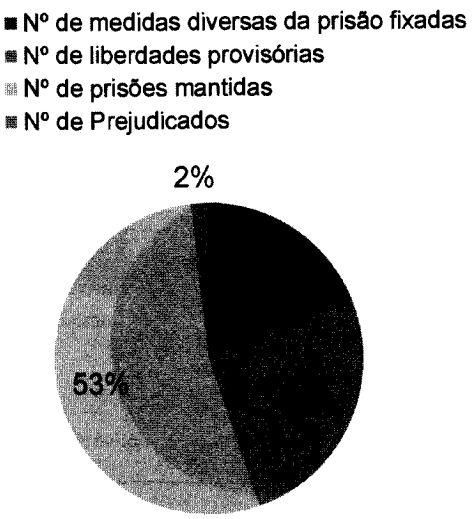
A primeira questão que se nota é o crescimento exponencial de casos, relativamente ao tema, que chegam aos Tribunais Superiores.

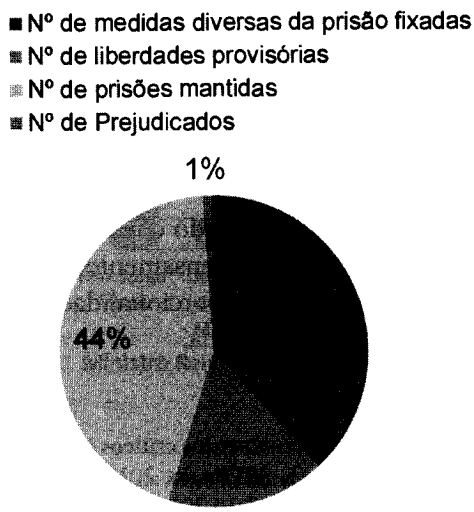
Quando da análise da cautelaridade, vejamos o percentual de aplicação, ou não, das formas do resguardo da segurança:



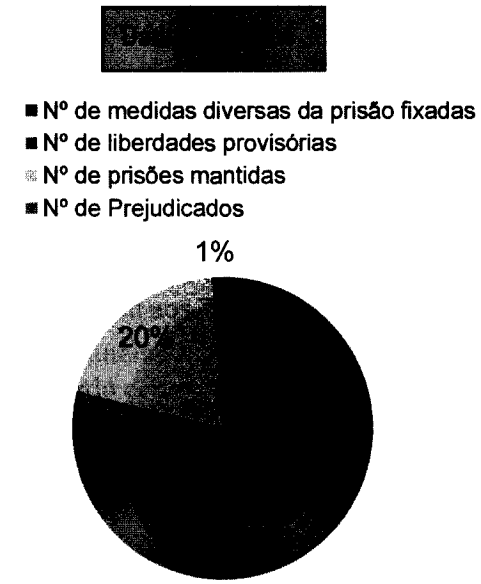
aumentar a quantidade de adoções, recuperar empresas em crise, reduzir a taxa de juros etc.), com dados coletados nos tribunais e na sociedade. Essas são as preocupações que motivam as iniciativas de estudo de impacto legislativo, muito frequentes no exterior e que começam a despontar no Brasil" (NUNES, Marcelo Guedes. Jurimetria e processo legislativo. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Alsfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coord.). *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 125).

21. Para ser mais específico, pela pesquisa dos termos "319 e Processo adj1 Penal" encontramos 26 processos em 2011, sendo que 2 não tinham relação com o tema proposto; 59 menos 2 em 2012; 103 menos 2 em 2013 e 97 menos 3 em 2014.





CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.



Notamos, assim, que apesar da entrada em vigor da Lei 12.403/2011, em maio de 2011, nenhuma medida cautelar diversa da prisão fora aplicada pelo STJ naquele ano (ao menos no período e termos pesquisados).

Nos anos de 2012 e 2013, o percentual de aplicação destas medidas aumentou gradativamente, diminuindo, na mesma proporção, o número de prisões e de liberdades provisórias concedidas.

Disto, vemos que as medidas cautelares alternativas se mostram um meio termo entre a prisão e a liberdade; mas que por vezes fora aplicada de maneira equivocada, materializando-se as preocupações doutrinárias de que tais medidas fossem utilizadas não como alternativa à prisão, mas como supedâneo da liberdade provisória.[22]

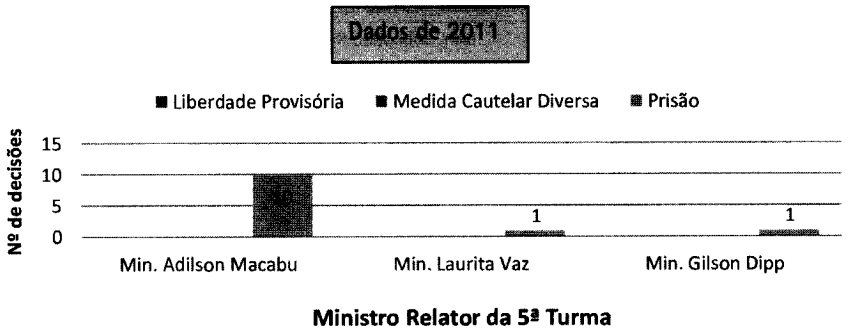
Aliás, tal afirmação é de fácil constatação quando da análise dos requisitos utilizados para a fixação das medidas, como veremos logo mais.

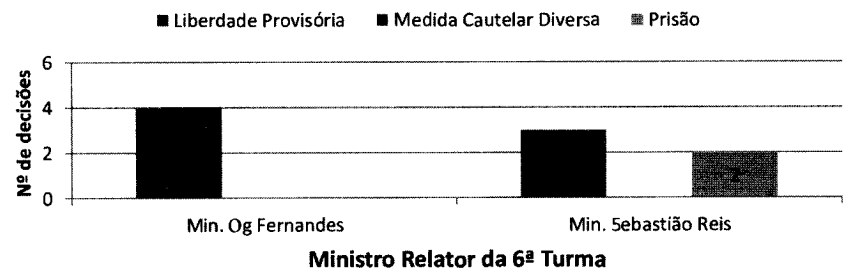
O ano de 2014, entretanto, pode ser tido como "um ponto fora da curva"; ou, melhor ainda, como a evolução do pensamento, aplicando as medidas alternativas verdadeiramente à luz da proporcionalidade, diminuindo-se os casos de prisão, e não da liberdade provisória.

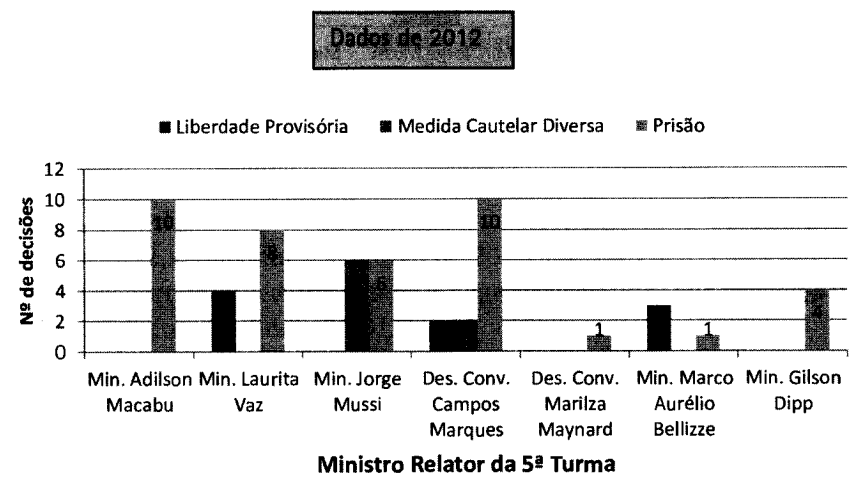
22. BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. Apontamentos críticos à Lei 12.403/2011: A ampliação da rede de controle. *IBCCrim*, p. 1, São Paulo, 2011. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/artigos/2011/09]. Acesso em: 23.10.2014.

Como se colhe dos dados abaixo, para além da simples mudança de Ministros, creditamos a verdadeira causa na evolução do pensamento.

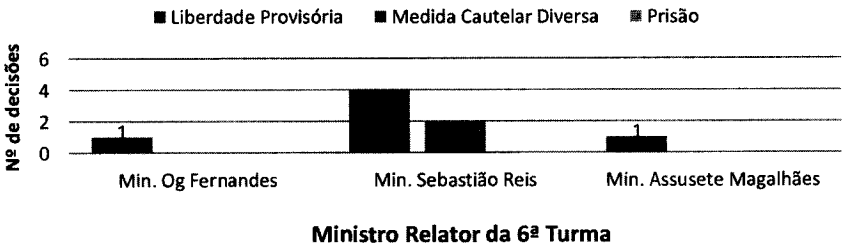
Assim, vejamos como cada Ministro se comportou:[23]





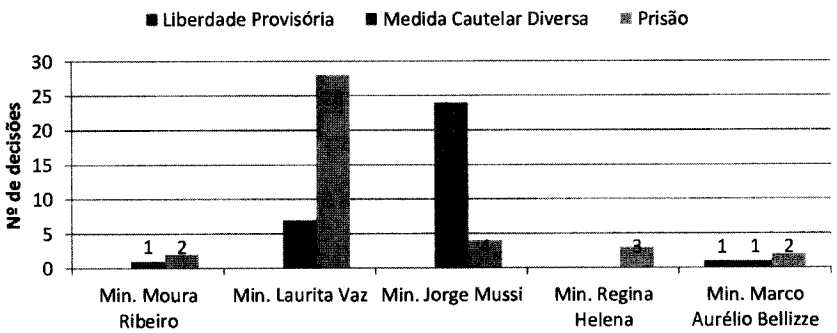


23. A relação consta apenas com os Ministros relatores que deram/publicaram suas decisões no período pesquisado.

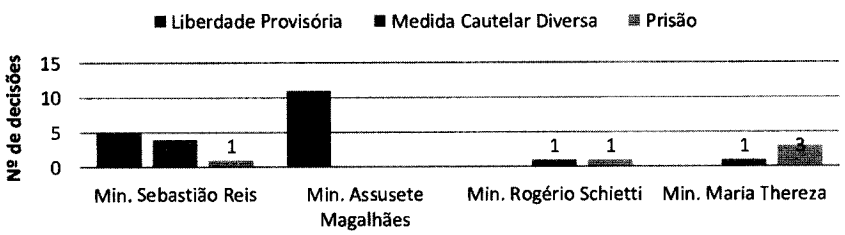


Ministro Relator da 6ª Turma

Dados de 2013

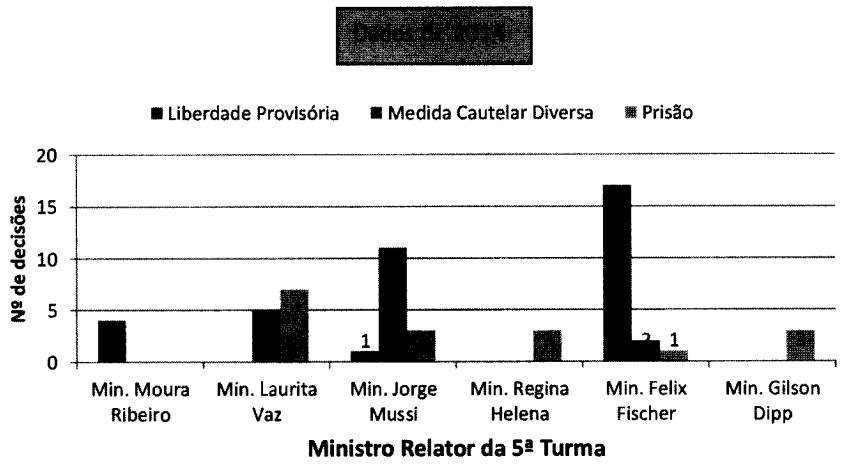


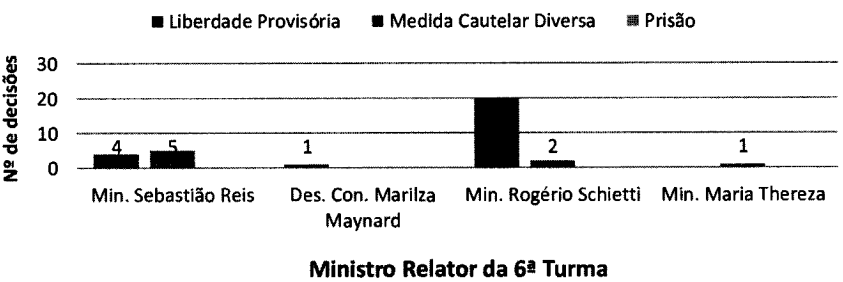
Ministro Relator da 5ª Turma



Ministro Relator da 6ª Turma

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.



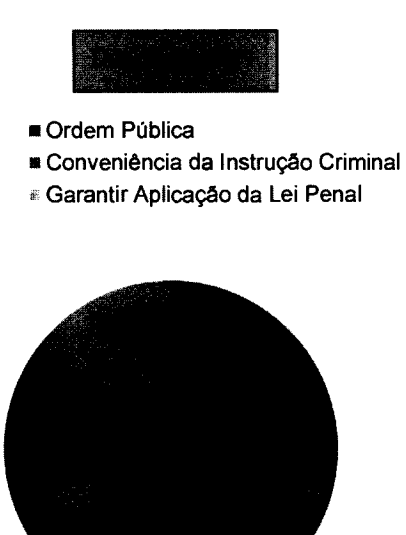


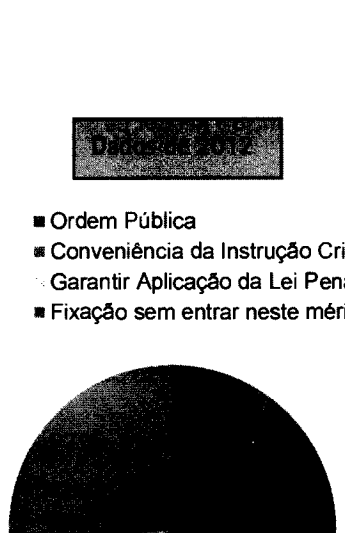
Como se vê, o aumento na fixação de medidas cautelares diversas, em detrimento apenas do encarceramento, se deve majoritariamente às decisões dos Ministros Felix Fischer (que integrou a vice-presidência do STJ dos anos de 2010 a 2012, e presidiu o Tribunal de 2012 a 01.09.2014, e por isso não compunha as Turmas anteriormente)[24] e Rogério Schietti[25] (que passou a integrar o Tribunal apenas no final de 2013).

Já sobre o entendimento com relação aos requisitos da cautelaridade, este fica mais claro quando do cotejo dos gráficos abaixo.

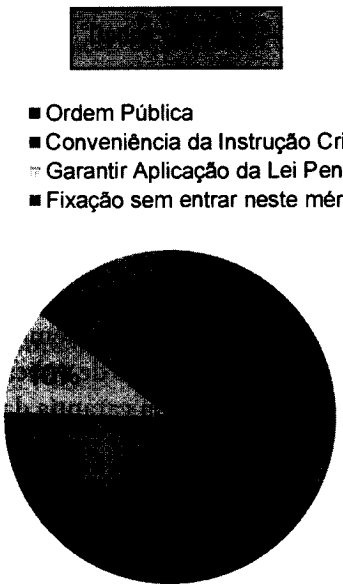
24. Conforme dicção do art. 3.°, § 1.°, do RISTJ: "O presidente, o vice-presidente e o coordenador-geral da Justiça Federal integram apenas o Plenário e a Corte Especial".

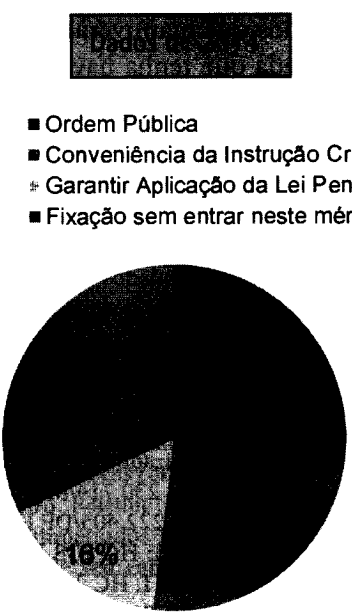
25. Este, como se colhe da doutrina explicitada na nota de rodapé 4, um profundo conhecedor do tema em estudo.





CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.





CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Como se vê, a ordem pública ainda é o requisito mais utilizado quando da aplicação cautelar. E mais.

No ano de 2011, metade das fixações de uma medida cautelar com base na conveniência da instrução criminal se deu em conjunto com a ordem pública, sendo a outra metade de aplicação exclusiva.

No ano de 2012, todas as vezes em que se utilizou do requisito para garantir aplicação da lei penal, fundamentou-se também na ordem pública.

Em 2013, 86% das vezes em que o fundamento se baseou na conveniência da instrução criminal, amparou-se também na ordem pública, sendo utilizado de maneira exclusiva apenas em 14% dos casos de aplicação da medida. O mesmo se diga quando o arrazoado firmou-se na garantia da aplicação da lei penal, que apenas em 23% dos casos fora utilizada de maneira exclusiva, quando em 77% fora em conjunto com a ordem pública.

Já em 2014, 50% dos casos de fixação de medidas pela conveniência da instrução criminal se deram de maneira individual, sendo a outra metade em conjunto com a ordem pública; na garantia da aplicação da lei penal, 36% se deu em conjunto com a ordem pública e 12% com a conveniência da instrução criminal.

Isto mostra a força que tal requisito ainda exerce em nosso ordenamento.

A fixação sem adentrar no mérito dos requisitos da cautelaridade ocupa, ainda, grande parcela das decisões judiciais.

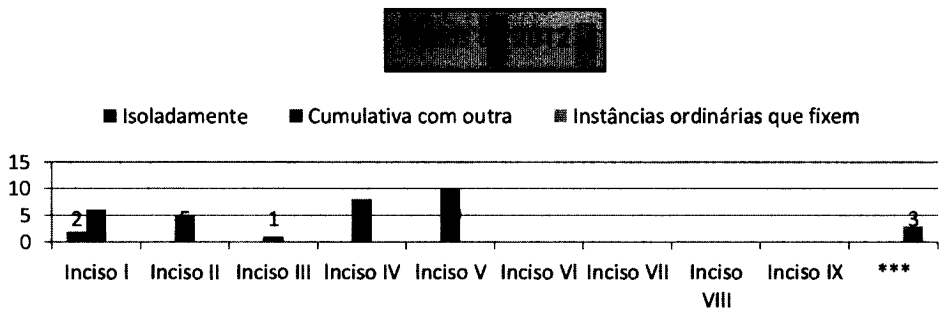
Entraram nesse rol os acórdãos que mantiveram ou decretaram prisões ou medidas cautelares diversas, ainda que tenha havido a desconstrução dos requisitos da cautelaridade utilizadas nas instâncias ordinárias, pelos Ministros relatores.[26] Trata-se, como vimos o resultado dos primeiros gráficos apresen-

26. A título de exemplo, o Ministro relator Jorge Mussi, quando do julgamento do HC 243.751/PA (no âmbito dos acórdãos estudados em 2012), assim afirmou: "Dessa forma, diante da insuficiência de motivação, porquanto a gravidade em abstrato do delito não é fundamentação idônea a embasar o decreto constritivo, verifica-se que a prisão preventiva do paciente não mais poderá subsistir, devendo ser aplicadas ao paciente medidas alternativas menos gravosas, introduzidas pela Lei 12.403/2011". Como se vê, trata-se de aplicação de uma medida alternativa apesar da falta de fundamentação ou existência de requisitos autorizadores. Nessa mesma linha, seguem: (A) em 2012: HC 210.817/DF, 224.154/SP, HC 230.714/MG, HC 247.747, HC 246.199/SC, HC 244.580/MT, HC 244.082/MG, HC 222.405/DF, HC 252.036/DF, EDcl no HC 232.444/RN, HC 247.511/PE; (B) em 2013: HC 238.139/SP, HC 270.944/MG, HC 213.151/SP, RHC 36.524/PR, RHC 38.908/MT, HC 250.804/PE, HC 278.667/SP, RHC 39.139/SP, HC 267.387/SP, HC 272.683/SP, RHC 41.346/MG, RHC 39.428/MG, HC

tados nesse título (percentual de aplicação ou não de medidas cautelares), de verdadeiro equívoco na fixação de medidas, que, muitas vezes, foram o suporte para a liberdade provisória (o que se mostra um verdadeiro contrassenso).

Já com relação ao meio pelo qual os questionamentos chegaram àquela instância extraordinária, em 2011 os *habeas corpus* representavam 86% do casos, enquanto o recurso ordinário em *habeas corpus* 14%; em 2012 tais números representaram 93% e 7%, respectivamente; em 2013 o *mandamus* caiu para 53%, o recurso ordinário subiu para 44% e houveram causas levadas por meio do recurso ordinário em mandado de segurança (1%) e reclamação (2%); em 2014 tais números se mantiveram, representando 55%, 43%, 1% e 1%, respectivamente.[27]

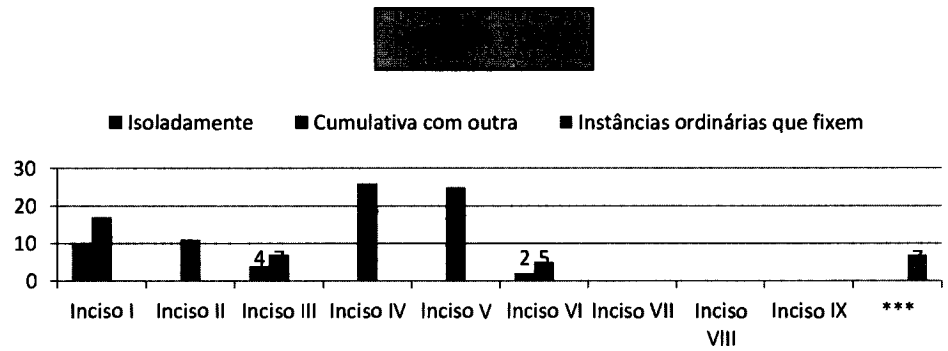
Com relação às medidas cautelares diversas da prisão mais utilizadas, segue o comparativo (lembrando que no ano de 2011 nenhuma das medidas foram fixadas pelos Ministros do STJ).

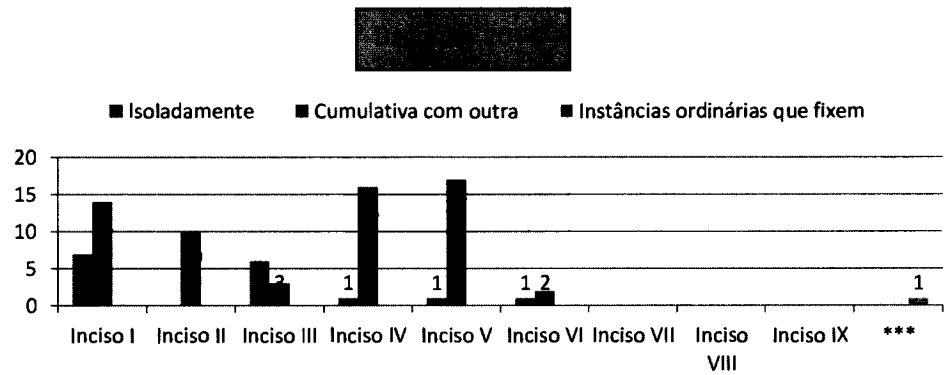


268.604/MG, RHC 35.266/MG; (C) e em 2014: RHC 46.329/SP, HC 297.245/SP, RHC 48.083/SP, HC 292.871/ES, HC 287.804/PE, HC 293.733/SP, PExt no HC 192.471/SP, RHC 46.634/SP, RHC 41.579/SP, HC 296.392/DF, RHC 49.916/SP, RHC 49.690/SP, RHC 46.493/RS, HC 281.998/PR, HC 271.658/RJ, HC 299.890/RJ.

27. O número de *habeas corpus* caiu em detrimento dos recursos ordinários em *habeas corpus* em razão do entendimento esposado no julgamento do HC 109.956/PR, o qual sedimentou entendimento pelo não cabimento de *habeas corpus* substitutivo do competente recurso ordinário constitucional, salvo raríssimas exceções. A mudança em nada modificou o número de casos que chegam aos Tribunais Superiores (intento maior desta alteração de entendimento), conforme adiantávamos em: CASTRO, Pedro Machado de Almeida. *Habeas corpus*, recurso em *habeas corpus* e o retrocesso no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCrim* 241/16-17, dez. 2012. Mesmo porque, dos 173 *Habeas corpus* impetrados nestes 4 anos (dentro dos parâmetros da pesquisa), independentemente de seu cabimento, 85 tiveram sua ordem concedida *ex officio* (50% apenas em 2014).

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.





Perceptível que as três medidas mais utilizadas foram o recolhimento domiciliar no período noturno (inc. V), a proibição de ausentar-se da Comarca (inc. IV) e o comparecimento periódico em juízo (inc. I). Destas, vê-se que apenas esta última teve alguma aplicação isolada.

Outras medidas, como as dos incs. VII, VIII e IX, não foram utilizadas nenhuma vez pelos Ministros do STJ.[28] Algumas vezes, ainda, demonstrando

28. Nas instâncias ordinárias, como expõe o recente estudo realizado pelo Instituto de Defesa pelo Direito de Defesa, "SOS Liberdade – Relatório de Pesquisa: O impacto da Lei 12.403/2011 nas decisões judiciais de análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulista", a proporção de medidas aplicadas é a seguinte (em que pese este estudo ficar circunscrito a uma pequeníssima parcela judicial): em primeiro lugar, a fiança (inc. VIII), seguida do recolhimento domiciliar (inc. V) e, empatados em seguida, o comparecimento periódico em juízo (inc. I) e a proibição de freqüência ou acesso a determinados lugares (inc. II) (INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA; SOS LIBERDADE. *Relatório de pesquisa: O impacto da Lei 12.403/2011 nas decisões judiciais de análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulis-*

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

certo contrassenso, fora determinada a fixação de medidas à escolha do Magistrado da instância ordinária. Trata-se, acreditamos, de decisão descabida, vez que, se houve análise pela indispensabilidade de aplicação de alguma medida, esta só pode ser fixada pelo Magistrado que assim entendeu, vez que só ele poderá fazer o caminho da proporcionalidade[29] que implica a escolha das medidas, sua quantidade e qualidade. Deixar ao arbítrio de outro juiz pode significar outro entendimento.

Curioso é o fato de que, dos 276 acórdãos analisados neste interregno de 4 anos, 185 mantêm ou fixam alguma medida cautelar, seja ela de prisão ou não; dentre estes, nenhuma percorre o caminho da proporcionalidade, de (des)construção na escolha da medida aplicada (do "por quê"); e somente 6 justificam, de alguma forma, a seleção das medidas especificamente aplicadas, sem entrar no mérito, no entanto, da razão do descarte das demais.[30-31]

4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Os dados colhidos no âmbito de nossa Suprema Corte foram bem mais modestos. Optou-se, entretanto, por manter a metodologia aplicada quando do diagnóstico no STJ, de forma a conservar o critério e sistemática aplicados.

Assim, achamos a quantidade de 13 processos sobre o tema em 2011; 5 em 2012, 16 em 2013 e 4 em 2014 (sendo que, neste último caso, a pesquisa também se deu entre os acórdãos julgados até 13.11.2014).

Devido ao reduzido número de processos encontrados, no mesmo período pesquisado anteriormente, os gráficos serão apresentados em números absolutos, e não em percentuais.

Assim, sobre a aplicação, ou não, de medidas assecuratórias:

---

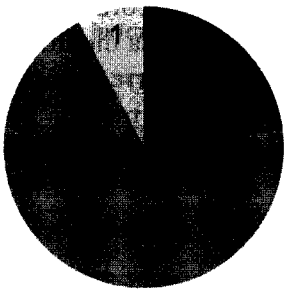
ta, p. 47, maio 2014. Disponível em: [www.iddd.org.br/images/file/SOS_Liberdade_IDDD.pdf]. Acesso em: 18.11.2014.

29. Em regra, na utilização do critério da proporcionalidade, deve-se analisar seus três subelementos: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*.

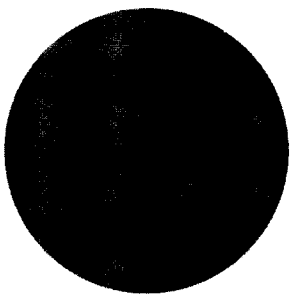
30. Esboçam alguma fundamentação: HC 243.727/SC, HC 264.058/SP, RMS 35.270/RJ, RHC 39.071/RJ, HC 252.807/BA e RMS 45.696/CE.

31. Desta feita, parece vir em boa hora as mudanças elencadas no Projeto de Lei do Senado 156/09, mormente na fixação de patamares mínimos a se percorrer a fundamentação das decisões judiciais. Para mais informações, ver capítulo 4.º da dissertação mencionada.

■ Nº de medidas diversas da prisão fixadas
■ Nº de liberdades provisórias
Nº de prisões mantidas
■ Nº de Prejudicados

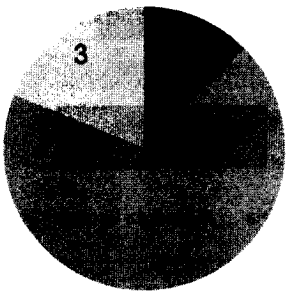


■ Nº de medidas diversas da prisão fixadas
■ Nº de liberdades provisórias
Nº de prisões mantidas
■ Nº de Prejudicados

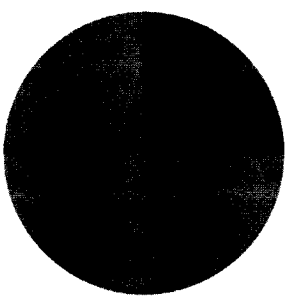


CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

■ Nº de medidas diversas da prisão fixadas
■ Nº de liberdades provisórias
■ Nº de prisões mantidas
■ Nº de Prejudicados



■ Nº de medidas diversas da prisão fixadas
■ Nº de liberdades provisórias
■ Nº de prisões mantidas
■ Nº de Prejudicados

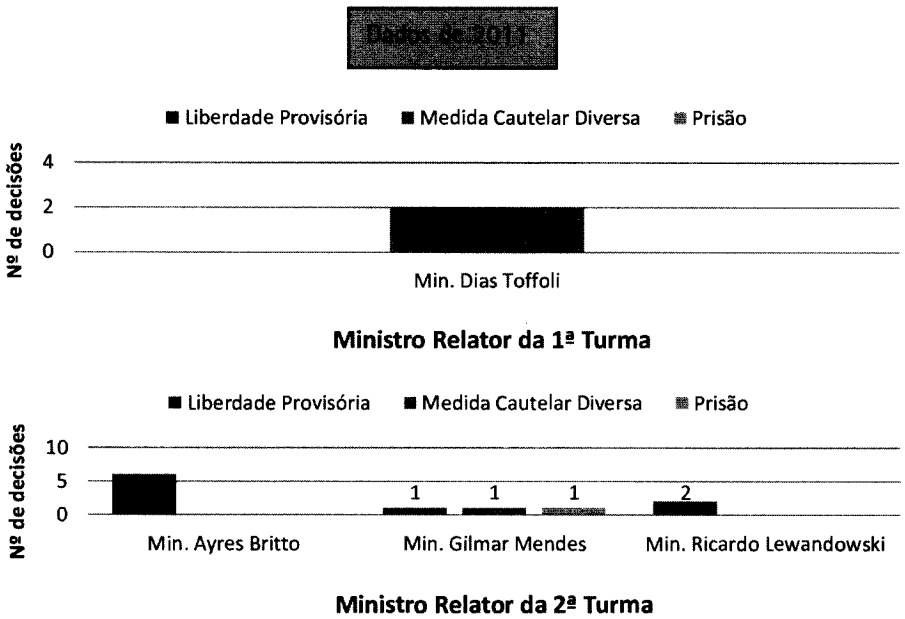


CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

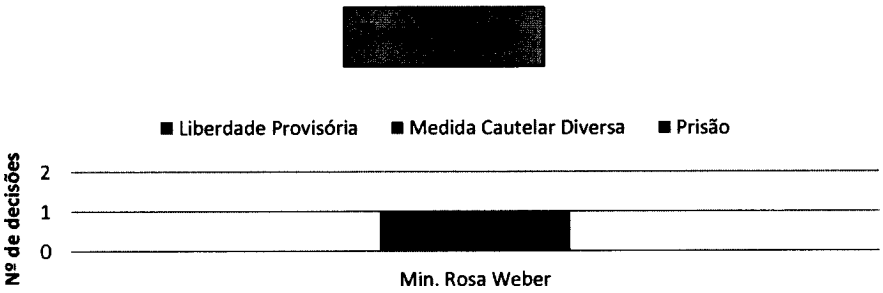
Como se vê, as medidas alternativas foram aplicadas desde o ano de entrada em vigor da Lei em estudo. Também, ainda que não haja número suficiente para afirmarmos com mais rigor, este parece ser o modelo preferido dos Ministros de nossa Suprema Corte para se assegurar a cautelaridade, fazendo valer o pensamento e anseios que ocasionaram a *mens legis*.

A liberdade provisória ainda é o arquétipo a ser adotado; seguido por medidas outras que não a prisão e, por último, o encarceramento.[32]

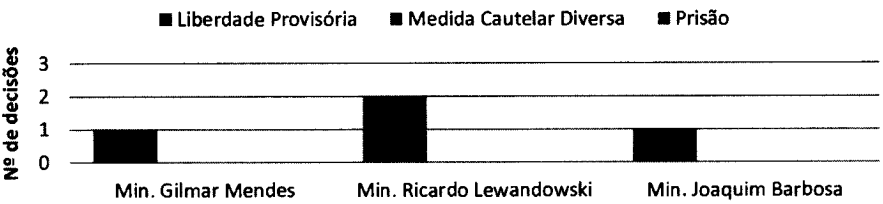
Esta a posição difundida na Corte.



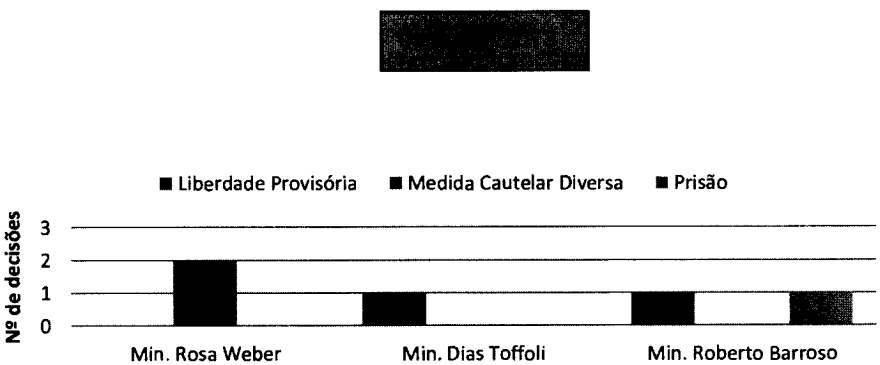
32. Vale mencionar os dizeres do Ministro relator Teori Zavaski, no HC 127.186/PR, quando do deferimento parcial da ordem para aplicar medida alternativas à diversos dos empresários presos na chamada "Operação Lava Jato": "Pois bem, em nosso sistema, notadamente a partir da Lei 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 do CPP, o juiz tem não só o poder, mas o dever de substituir a prisão cautelar por outras medidas substitutivas sempre que essas se revestirem de aptidão processual semelhante. Impõe-se ao julgador, assim, não perder de vista a proporcionalidade da medida cautelar a ser aplicada no caso, levando em conta, conforme reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Corte, que a prisão preventiva é medida extrema que somente se legitima quando ineficazes todas as demais (HC 106.446, 1.ª T., rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 20.09.2011; HC 114.098, 2.ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 12.12.2012)" Disponível em: [http://jota.info/lava-jato-voto-de-teori-zavascki-concedendo-prisao-domiciliar-a-ricardo-pessoa]. Acessado em: 29.04.2015.



Ministro Relator da 1ª Turma

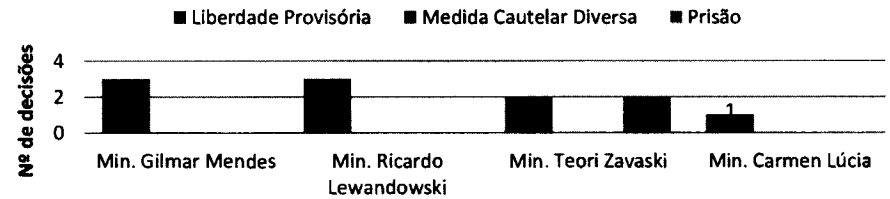


Ministro Relator da 2ª Turma

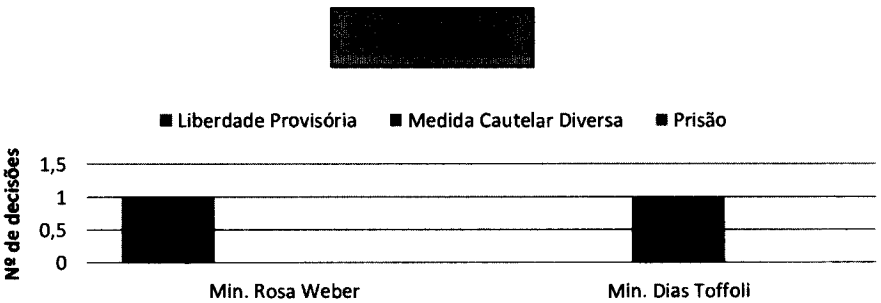


Ministro Relator da 1ª Turma

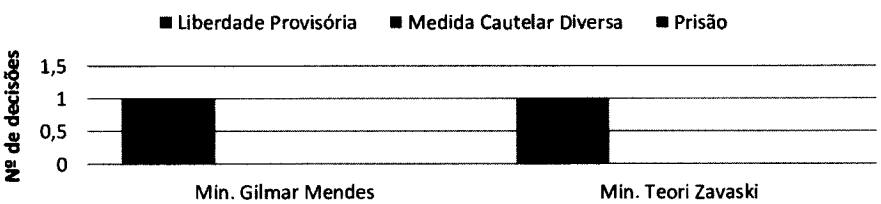
CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.



Ministro Relator da 2ª Turma



Ministro Relator da 1ª Turma



Ministro Relator da 2ª Turma

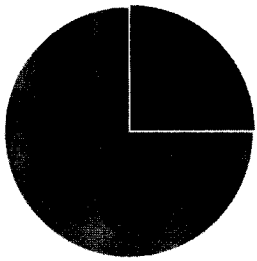
Diversamente do que vimos no STJ,[33] onde há um abismo entre correntes de Ministros na forma de se ver o modo como deve ser assegurada a cautelaridade no processo penal, aqui, o pensamento evidente é a utilização do encarceramento como *última ratio*, passando, antes disso, pelo uso de medidas alternativas.

Também os fundamentos quanto ao requisito da cautelaridade são vistos de maneira diferente.

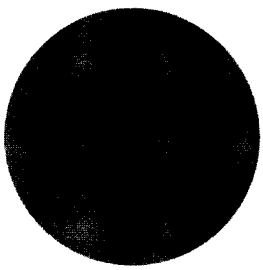
33. Vide percentuais de aplicação e fundamentação quanto ao requisito da cautelaridade apresentados pelos Ministros Jorge Mussi e Laurita Vaz, de um lado, e Felix Fischer e Rogério Schietti, do outro.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

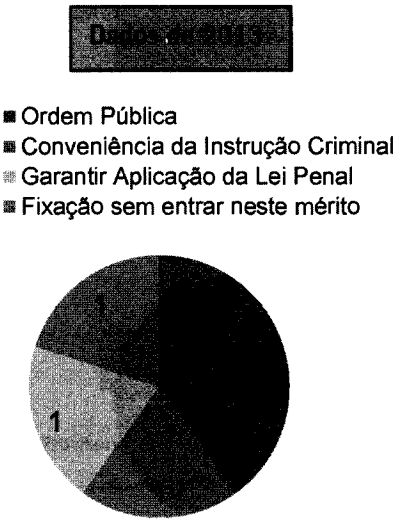
- Ordem Pública
- Conveniência da Instrução Criminal
- Garantir Aplicação da Lei Penal
- Fixação sem entrar neste mérito

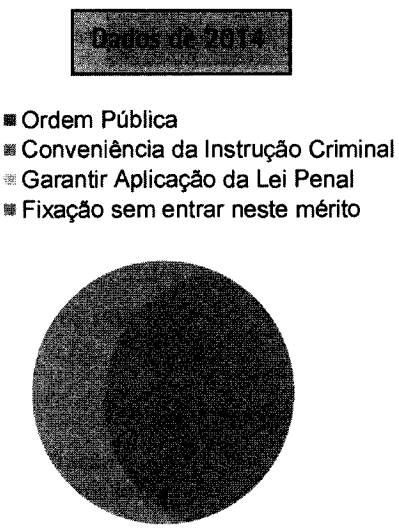


- Ordem Pública
- Conveniência da Instrução Criminal
- Garantir Aplicação da Lei Penal
- Fixação sem entrar neste mérito



CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.





CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Os dados não são suficientes para qualquer conclusão. Entretanto, em nenhum dos anos a ordem pública fora utilizada como amparo aos demais requisitos.

Fica, apenas, a perversa aplicação de medidas ainda como supedâneo da liberdade provisória, dado que se vê que aqui também há fixação de cautelares diversas mesmo quando tenha havido desconstrução dos motivos autorizadores de sua aplicação, bastando a observação do quesito "fixação sem entrar neste mérito".

O número de *habeas corpus*, dentro do universo pesquisado, ainda é grande. Até porque, do desprovimento do recurso ordinário em *habeas corpus* julgado no STJ, só caberia, em tese, o recurso extraordinário. Dadas as circunstâncias de casos concretos, materializadas na manutenção ilegal de prisões, ou mesmo medidas diversas, é grande o número de concessões da ordem *ex officio*.

Em 2011, das 12 concessões da ordem, 3 se deram de ofício pelos Magistrados; em 2012, a ordem se deu 5 vezes no julgamento regular do *habeas corpus*; já em 2013, das 13 revogações de prisão (mudança para liberdade provisória ou outra medida cautelar), 6 se deram *ex officio*; em 2014, das 4 ordens concedidas, 3 foram de ofício.

Nos quatro anos pesquisados, a matéria fora levada à Suprema Corte 36 vezes por meio de *habeas corpus*, e apenas 2 em recurso ordinário em *habeas corpus*.

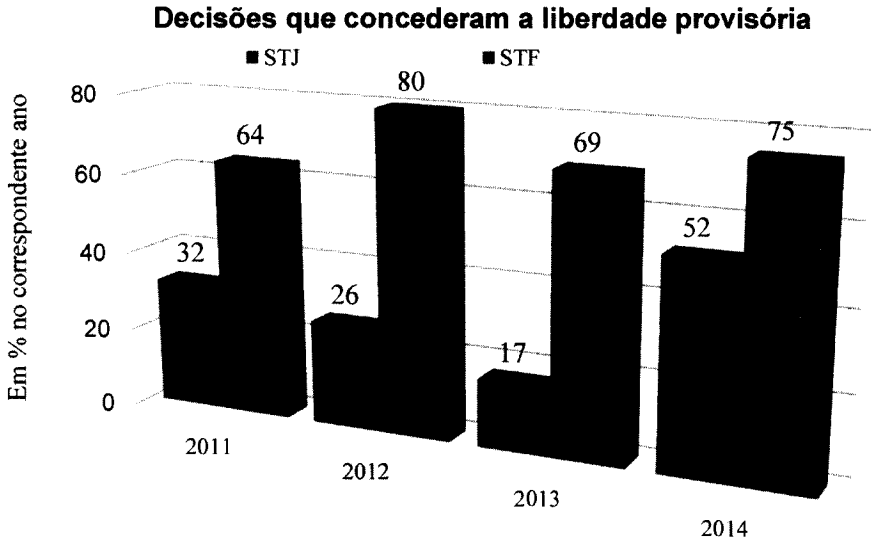
Por fim, juntando-se todas as vezes em que fora deferida a revogação da prisão em detrimento da utilização de uma medida diversa, em quatro ocasiões aplicou-se a medida do inc. I do art. 319 do CPP, em duas aplicou-se aquela prevista no inc. II, uma vez a constante no inc. III, em duas a do inc. VIII, e três vezes ainda se requereu ao Magistrado da instância ordinária que escolhesse a medida.

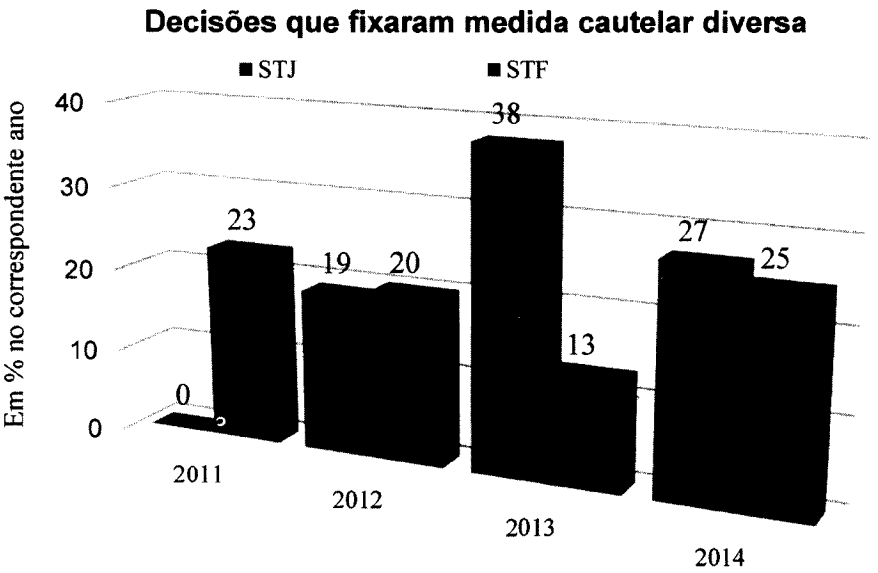
De todas, apenas a do inc. III (proibição de contato com pessoa determinada) fora aplicada de forma isolada, sendo as demais aplicadas cumulativamente entre si.

5. COMPARATIVO ENTRE AS INSTÂNCIAS EXTRAORDINÁRIAS

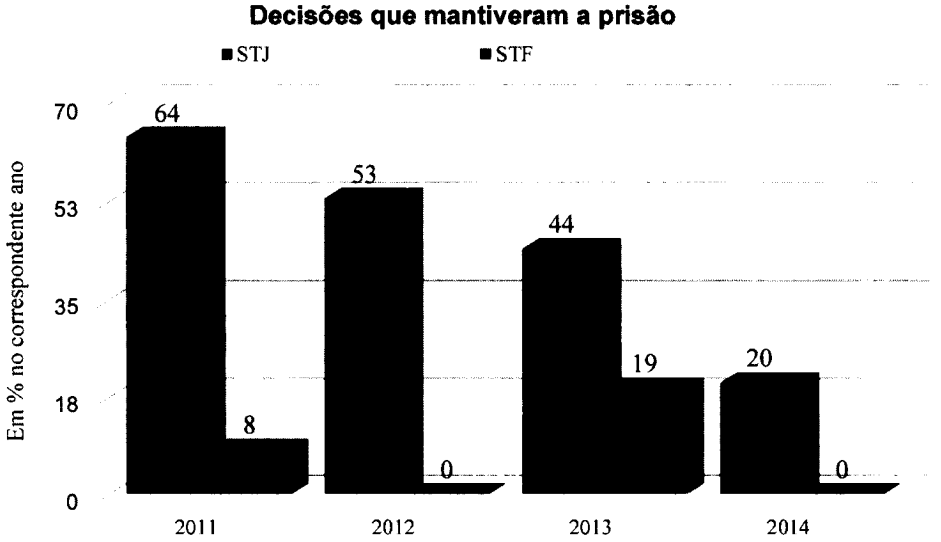
Abaixo, segue um pequeno gráfico comparativo entre os tribunais pesquisados, mostrando o caráter liberal de nossa Suprema Corte, em detrimento de uma atuação ainda tímida na aplicação das novas medidas cautelares pelo STJ; ainda que apenas comparativamente.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.





CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.



6. CONCLUSÃO[34]

O Brasil vive, ainda hoje, um problema de encarceramento em massa, lotando os presídios e, muitas vezes, tratando homens como animais.

Para além de uma questão de logística, ou mesmo administrativo-financeira, grande parte da população carcerária ainda abrange àqueles que sequer foram condenados, sendo sua prisão fruto de medida assecuratória processual penal.

Nesta esteira, de há muito já não se rechaça a possibilidade da restrição da liberdade, em detrimento do princípio da presunção de inocência, quando ainda em fase (pré)processual, pendente de julgamento definitivo.

Seguindo modelos eficazes de outros países, por outro lado, a prisão provisória deixa de ser a única possibilidade do resguardo da segurança em risco, passando, em verdade, devido à sua característica nefasta, à última opção, donde o Poder Judiciário possui um novo leque de possibilidades: as novas medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

Essencialmente, face às garantias constitucionais, qualquer que seja a medida, trata-se de restrição à liberdade do acusado, devendo ser aplicada mode-

34. Conclusão obtida, como não podia deixar de ser, não só pelo estudo aqui apresentado, como por toda carga de conhecimentos adquiridos ao longo elaboração da dissertação.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

radamente; e só quando presentes as exigências cautelares, fundamentadas de maneira concreta e objetiva.

Dessarte, o princípio da proporcionalidade traça critérios de orientação na hora de se aplicar e escolher a medida conveniente, de forma a harmonizar a restrição da liberdade prematura com os ditames constitucionais e os direitos fundamentais.

A despeito deste novo e taxativo rol de opções, a aplicação no judiciário, como vimos, ainda resvala em costumeiras práticas antecedentes, copiosamente combatidas, mantendo-se ou aplicando-se o encarceramento em detrimento de um quadro de possibilidades que podem ser usadas, inclusive, de maneira cumulativa.

A progressão, todavia, vem ocorrendo paulatinamente.

Em boa ora, entrementes, o Congresso Nacional vaticina projeto de novo Código de Processo Penal, que, mantendo a essência das mudanças trazidas nesta recentíssima quadra, incorpora renovações de há muito postuladas, como o instituto da detração, prazo de duração das medidas e, em especial, diretrizes mínimas de fundamentação no momento de aplicação das medidas cautelares pessoais,[35] dentre outras.

Em suma, caminhamos, progressivamente, ruma à um direito processual penal constitucional mais justo, sobretudo no que concerne às limitações da liberdade dos acusados, para fins processuais, onde, cada vez mais, diferentes medidas são aplicadas, no intuito de se manter a segurança necessária, de um lado, sem nos afastarmos muito dos direitos e garantias fundamentais, do outro.

7. BIBLIOGRAFIA

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. Apontamentos críticos à Lei 12.403/2011: A ampliação da rede de controle. *IBCCrim*, São Paulo, 2011. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/artigos/2011/09]. Acesso em: 23.10.2014.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. *Habeas corpus*, recurso em *habeas corpus* e o retrocesso no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCrim* 241, dez. 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. Os usos da jurimetria. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 63, jan. 2014

35. Não que a fundamentação idônea, concreta e objetiva já não seja uma exigência dos dias atuais. Mas não vem sendo aplicada a contento; nem mesmo perante os Tribunais Superiores, como vimos no presente artigo.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS – DMF. Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. Brasília, junho de 2014. Encontrado em: [www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf]. Acesso em: 25.11.2014.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN: *Sistema penitenciário no Brasil – dados consolidados*. Ministério da Justiça: 2008.

GABARDO, Emerson; MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro. Institucionalismo e pesquisa quantitativa como metodologia de análise de decisões judiciais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* 63, jul.-dez. 2013.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Wilson José. *Monografia jurídica: técnicas e procedimentos de pesquisa*. Campo Grande: UCDB, 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LARA, Mariana Alves; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa. Pesquisa quantitativa na produção do conhecimento jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* 60, jan.-jun. 2012. Disponível em: [www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/186]. Acesso em: 15.11.2014.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA; SOS LIBERDADE. Relatório de pesquisa: O impacto da Lei 12.403/2011 nas decisões judiciais de análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulista. maio 2014. Disponível em: [www.iddd.org.br/images/file/SOS_Liberdade_IDDD.pdf]. Acesso em: 18.11.2014.

NUNES, Marcelo Guedes. O que é jurimetria? *RDB* 62, out. 2013.

_____ Jurimetria e processo legislativo. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Alsfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coord.). *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Hernández; LUCIO, Pilar Batista. *Metodologia de pesquisa*. São Paulo: MacGraw-Hill, 2006.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A prisão provisória e a fiança nos casos de violência doméstica, familiar e nas relações de intimidade, consoante a Lei 12.403/2011, de Sandor Krisztan Borcsik – *RCP* 17/375-392 (DTR\2013\570);
- As medidas cautelares no processo penal brasileiro. Reforma com a Lei 12.403/2011, de Karen Louise Jeanete Khan e Marcelo Batlouni Mendroni – *RT*938/333 (DTR\2013\10483); e
- Subjetividade e processo penal: assumindo a complexidade insita à decisão, de Thiago Alessandro Fattori – *RBCCrim* 103/191-244 (DTR\2013\7214).

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 109-140. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

82113

Processo e tragédia: A sentença penal como *locus* da crise sacrificial

Procedure and tragedy: The criminal sentence as locus *of the sacrificial crisis*

Raphael Boldt

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

Thiago Fabres de Carvalho

Doutor e Mestre em Direito pela Unisinos, com estágio de Doutoramento na Universidade de Coimbra. Professor do Programa de Pós-Graduação (mestrado e doutorado) em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenador do Grupo de Pesquisa *Direito, Sociedade e Cultura*. Advogado.
thiago.fabres@terra.com.br

Área do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente texto pretende discutir a sentença penal e sua relação com a mecânica sacrificial no contexto do sistema Judiciário moderno. Com base, sobretudo, nas obras *A violência e o sagrado*, de René Girard e *Bem julgar*, de Antoine Garapon, o trabalho procura esboçar a relação entre o ato de julgar ou, nas palavras de Foucault, "o direito de dizer a verdade" na esfera criminal e a crise sacrificial decorrente da exacerbação da violência (ilegítima) perpetrada em face da "vítima expiatória" no processo penal, fundado, desde a sua gênese, em uma matriz inquisitorial que surge na Grécia, mas se universaliza como mecanismo de exercício de poder a partir do século XII, reorganizando completamente todas as práticas judiciárias desde a Idade Média.

Palavras-chave: Processo penal - Sentença penal - Crise sacrificial - Verdade - Tragédia.

Abstract: This paper discusses the criminal judgment and its relation to the sacrificial mechanism in the context of modern Judicial system. Based mainly in the works "The violence and the sacred", of René Girard and "Good judgment", of Antoine Garapon, the work seeks to outline the relationship between the act of judging or, in Foucault's words, "the right to say the truth" in the criminal sphere and the sacrificial crisis resulting from the exacerbation of violence (illegitimate) perpetrated to the "expiatory victim" in criminal proceedings, founded since its genesis in an inquisitorial matrix that arises in Greece but is universalized as a power mechanism from the twelfth century, reorganizing all judicial practices since the Middle Ages.

Keywords: Criminal procedure - Criminal judgment - Sacrificial crisis - Truth - Tragedy.

Boldt, Raphael; Carvalho, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: A sentença penal como *locus* da crise sacrificial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 141-165. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A vítima expiatória entre o sacrifício e a crise sacrificial – 3. Teologia processual: as representações simbólicas do processo penal moderno – 4. Sentença penal e epistemologia da verdade: entre a ilusão da plenitude do conhecimento e a indiferenciação violenta – 5. Processo penal e crise sacrificial: a ruína da tragédia – 6. Referências.

"Fazer violência ao violento significa deixar-se contaminar por sua violência."
(René Girard)

1. INTRODUÇÃO

O Judiciário é atualmente o grande palco para debates de naturezas diversas, um espaço sagrado, repleto de ritos, símbolos e mitos, que concentra demandas a serem solucionadas e que se revestem de autênticas questões existenciais para uma sociedade desencantada com a democracia e carente de referências que lhes forneçam um projeto duradouro e permitam compreender o seu lugar em um mundo em permanente transformação.

As inúmeras modificações oriundas principalmente da degradação do Estado de bem-estar – mero simulacro no caso dos países latino-americanos – e da universalização do modo de produção capitalista aceleraram a desintegração de formações sociais ideologicamente desiludidas e órfãs de instâncias morais que, nas palavras de Garapon,[1] sejam capazes de substituir a tradição e "estipular o bem e o mal".

Ademais, com a globalização e o consequente acirramento da complexidade na esfera pública, ampliaram-se as dificuldades de se compatibilizar as expectativas humanas em relação ao futuro e o distanciamento entre o texto normativo significante e a norma jurídica. O resultado desta "pulverização ética" decorrente da fragmentação da opinião sobre o que é correto na esfera pública, a partir da qual cada grupo tem a sua própria concepção ética acerca da vida digna, faz com que o Judiciário, responsável por decidir no caso concreto, seja elevado a um patamar ainda mais relevante, enquanto instância de mediação ético-política da sociedade.[2]

1. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 21.
2. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 56.

BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: A sentença penal como *locus* da crise sacrificial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 141-165. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Nesse contexto de esvaziamento do Estado, em virtude das pressões do mercado e da despolitização do indivíduo, cada vez mais, mergulhado em uma verdadeira crise existencial e ética, o Poder Judiciário tornou-se o derradeiro refúgio da sociedade democrática e o juiz transformou-se no "último guardião de promessas",[3] tanto para o indivíduo quanto para a comunidade política.

Como resultado deste fenômeno de judicialização da vida, o processo – instrumento primordial de resolução de conflitos na modernidade – se apresenta como mecanismo de regeneração da paz e da ordem e o magistrado, "árbitro imparcial", ao ocupar o lugar sagrado deixado pela autoridade paterna ou religiosa, assume a tarefa de resgatar as promessas e esperanças da democracia, oferecendo, por meio do ato de julgar, respostas para quase todas as angústias e incertezas coletivas.

Com efeito, no universo das representações simbólicas punitivas da modernidade, o processo e, em especial, a sentença, *locus* privilegiado de manifestação da vontade do Estado no campo judicial e ato derradeiro do ritual Judiciário, marcam a ruptura com o profano e demarcam, simbolicamente, um tempo e um espaço sagrados, supostamente capazes de domesticar a violência e impedir o seu desencadeamento irrefreável.

A mitologia jurídica da modernidade proclama que é sobretudo para impedir a vingança e seu turbilhão de violências recíprocas, que o processo penal moderno, por intermédio do Estado de Direito, suprime o caos e a guerra de todos contra todos mediante o confisco do conflito e a aplicação de uma justiça serena, racional, proporcional, fundada em uma legislação penal equitativa.[4]

Tarefa árdua que o processo penal moderno enuncia como sua função política declarada. Nestes termos, segundo a finalidade anunciada pelos mais destacados estudiosos do processo, caberia ao ritual punitivo Judiciário reconstruir historicamente o evento criminoso, proporcionar a descoberta da verdade (real ou processual) e realizar a justiça, isto é, harmonizar a sociedade, pacificar o grupo social abalado pelo crime. Eis uma narrativa (quase) unânime, o relato vencedor.

3. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 24. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

4. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia: e a Justiça será*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 147.

Nesse sentido, afirma Ferrajoli[5] que "el processo, como la pena, se justifica pecisamente en cuanto técnica de minimización de la reacción social frente al delito: de minimización de la violencia, pero también del abitrio que de otro modo se produciría con formas aun más salvajes y desenfrenadas". Da mesma forma se posiciona Figueiredo Dias[6] ao assinalar que "o verdadeiro fim do processo penal só pode ser a descoberta da verdade e a realização da justiça" aspiração que, segundo o professor lusitano, viabilizaria, como fim ideal, a segurança e a paz jurídica, criando-se, através do processo, "um estado em que a comunidade jurídica volta-se à tranquilidade depois de uma violação do direito".

Desse modo, o "confisco do conflito" restaria absolutamente justificado, uma vez que o imaginário processual da modernidade vislumbra, de forma bastante idealizada, a Justiça penal feudal e das sociedades primitivas como resquícios de um mundo caótico, infância da humanidade, desgovernado pela explosão de violências intermináveis, de ódios eternos, do cenário hobbesiano da guerra de todos contra todos. A ausência do Estado é vista sempre como sinônimo de barbárie para essa narrativa jurídica que estabelece um axioma primordial a "guiar a marcha da civilização ocidental, desde a sua aurora", qual seja, o de que "a verdadeira sociedade [sempre] se desenvolve sob a sombra protetora do Estado".[7]

Diante dessas funções elaboradas pelo discurso filosófico e jurídico da modernidade e atribuídas ao processo penal, cabe pensar em que medida elas efetivamente atingiram algum grau de realização. Verdade, justiça, pacificação. Ou uma vingança tão mais brutal e capaz de degenerar-se permanentemente em catástrofe, em monstruosidades e iniquidades incontáveis através da história? Quais seriam, de fato, as funções reais exercidas pelo processo penal?

Especialmente a partir do momento em que a eliminação da violência tornou-se uma espécie de obsessão em sociedades alardeadas pela multiplicação dos conflitos e pela criação de novos riscos inerentes ao processo de globalização. Assim, a incapacidade da opinião pública de representar os laços sociais para além da relação agressor/vítima e o anseio pela dissipação da violência não somente engendram o "superdesenvolvimento da Justiça

5. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1997. p. 604.

6. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimba, 2004. p. 43-45.

7. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*. São Paulo: Cosac Naify, 2003. p. 211.

penal",[8] mas fomentam o regresso à mecânica sacrificial, reveladora de uma sociedade menos tolerante que, anestesiada pela resposta penal, acredita encontrar-se na destruição da "vítima expiatória", responsável pela mimese violenta, a sua própria redenção.

Nesses exatos contornos, o presente texto buscar problematizar as funções reais desempenhadas pelo processo penal forjado na modernidade, a partir de um questionamento central: em que medida, a despeito de suas funções declaradas, o processo penal e, em especial, a sentença penal, tornaram-se o *locus* privilegiado de produção da *crise sacrificial*, do sacrifício permanente de vítimas expiatórias, da consolidação da catástrofe e do absurdo como elementos do ritual Judiciário?

Para tanto, partimos da hipótese de que o paradigma processual penal da modernidade, ao sufragar o confisco do conflito, alicerçado no mito da "violência legítima" exercida pelo Estado, jamais logrou realizar a distinção entre violência purificadora, pacificadora, e a violência impura, confirmando a perda do sacrifício, tornando-se o espaço privilegiado de produção da crise sacrificial, da indiferenciação violenta, da devoração de vítimas expiatórias que sinalizam apenas para a reatualização da vingança por outros meios, e o que é pior, muitas vezes por eventos sem nenhuma vítima concreta.

Livrar-se do fardo coletivo imposto pela crise sacrificial pressupõe, por essa razão, a unanimidade social em torno da responsabilidade pela disseminação da violência e a expulsão do indivíduo violento que leva sobre si a culpa do mal que abate a comunidade. Daí a busca incessante pela verdade no processo, sobretudo por uma confissão que seja capaz de confirmar a acusação que recai sobre o "bode expiatório humano"[9] e que irá gerar, segundo Albrecht, a "morte social"[10] do réu por intermédio da execução penal.

Desde o imaginário social grego, parece evidente a relevância do papel desempenhado pela vítima expiatória na contenção da violência. A punição de Édipo, por exemplo, permitiu a reconstrução da unidade social e restaurou a ordem e a tranquilidade, impedindo, todavia, que seus irmãos precisassem lidar com a sua própria violência. Além de identificar o mecanismo da víti-

8. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 110.

9. GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. São Paulo: Unesp, 1990. p. 102.

10. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2010.

ma expiatória, o mito edipiano reforça a necessidade de se debater as fontes imaginárias do processo penal moderno e a função purificadora do rito na forma judiciária que projeta na sentença o desfecho da tragédia e o elemento catalisador da violência que transforma o sacrifício em catástrofe.

Portanto, a tarefa que se almeja no presente estudo consiste, pois, em revolver o chão linguístico do imaginário punitivo da modernidade, sobretudo no que tange à crença no processo penal como instrumento único e primordial de solução de conflitos. Aquilo que denominamos de mitologia processual penal da modernidade, com seus pressupostos inquebrantáveis, sua fé inabalável na busca de alguma verdade (real ou processual, pouco importa), reafirma apenas e tão somente as linhas gerais da epistemologia inquisitiva, com seu arsenal de pré-compreensões e mecanismos de produção de sentido.

Assim, impõe-se perceber que o sistema inquisitório não se revela pelo estabelecimento da "gestão da prova" nas mãos do julgador, como quer a mais criativa e importante parcela da dogmática processual penal,[11] mas antes disso se traduz em uma "epistemologia" ou, em linguagem hermenêutica, uma "ontologia fundamental", ao estruturar um conjunto de pré-compreensões, pré-noções, preconceitos que operam como existenciais, como condições de possibilidade dos sentidos do ritual processual punitivo. Esses horizontes de sentido situam-se, pois, no surgimento da *inquisitio* como "uma técnica de administração, uma modalidade de gestão", consubstanciado em "uma determinada maneira do poder se exercer". Emergem, portanto, a partir de uma "epistemologia da verdade" que "se introduz no direito a partir da Igreja e, por conseguinte, é impregnado de categorias religiosas", a partir da qual "a própria noção de infração traz consigo a ideia de falta moral (lesão à lei e falta religiosa se misturam)". Desse modo, enquanto existencial, o "inquérito é uma forma de saber-poder".[12]

Assim, o que se pretende enfatizar, no presente estudo, é justamente o fato de que a crise sacrificial, verificada no âmbito do processo e da sentença penal possui suas raízes na continuidade da *inquisitio* no interior dos sistemas penais modernos, ditos acusatórios, a qual nenhuma tentativa de

11. COUTINHO, Jacinto Nélson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, *Itec*, n. 1. Porto Alegre: Nota Dez, 2001 e LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

12. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

reconduzir a "gestão da prova" às mãos das partes seria capaz de interromper, sendo, também ela, um elemento secundário ou acidental dos sistemas inquisitórios. O modelo de inquérito, enquanto epistemologia da verdade, é a principal fonte imaginária dos sistemas processuais da modernidade. De modo que o processo penal acusatório, desde que fundado na autoridade que proclama a decisão a partir da relação de poder[13] e do confisco do conflito, consiste em uma impossibilidade lógica e epistemológica.

Em termos metodológicos, para o enfrentamento do problema proposto e aferição da hipótese teórica defendida, faremos uso basicamente do instrumental teórico hermenêutico, entendido como "interpretação ou hermenêutica universal", onde o sujeito, mergulhado na linguagem de sua faticidade e existência, enfim, na sua condição-de-ser-no-mundo (*Dasein*), não pretende construir uma (meta)linguagem rigorosa sobre o objeto investigado, nem aspira a uma descrição neutra e objetiva do mesmo, consoante consagrado pelo paradigma científico positivista, mas sim estabelecer um processo de atribuição de sentido por meio de uma "fusão de horizontes".[14]

2. A VÍTIMA EXPIATÓRIA ENTRE O SACRIFÍCIO E A CRISE SACRIFICIAL

Embora alguns etnólogos e antropólogos apresentem a violência como um componente básico da vida social, constitutiva das sociedades primitivas, um elemento ao mesmo tempo profano e sagrado, René Girard[15] destaca a necessidade dos grupos sociais de ludibriá-la, fornecendo-lhe uma válvula de escape a fim de evitar a explosão de conflitos e restaurar a harmonia social, afinal, "a violência não saciada procura e sempre acaba por encontrar uma vítima alternativa. A criatura que excitava sua fúria é repentinamente substituída por outra, que não possui característica alguma que atraia sobre

13. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

14. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. RICOUER, Paul. *Interpretação e ideologias*. Rio de Janeiro: F. Alves Ed., 1990. HEKMAN, Susan J. *Hermenêutica e sociologia do conhecimento*. Lisboa: Edições 70, 1990. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2001. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. SOARES, Luis Eduardo. Hermenêutica e Ciências Sociais. In: GAUER, Ruth (org.). *A qualidade do tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

15. GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. São Paulo: Unesp, 1990. p. 13.

si a ira do violento, a não ser o fato de ser vulnerável e de estar passando a seu alcance".

Nestas sociedades arcaicas, acreditava-se, portanto, que a ameaça imposta aos homens pela violência, proveniente de seus efeitos miméticos, somente poderia ser contida mediante o "sacrifício" que, de acordo com Girard, protegeria a comunidade inteira, direcionando a violência para vítimas exteriores.

Essa "substituição" destaca a relevância do papel desempenhado por aquela que haveria de se tornar a "vítima sacrificial", responsável por desviar a violência do objeto inicialmente visado e restabelecer a ordem, a coesão social. Se no passado o sacrifício foi a primeira maneira que se encontrou para dominar a violência, graças, sobretudo ao espetáculo de uma outra violência desviada para um ser indefeso, vulnerável, fosse este um cordeiro imaculado, como no caso dos sistemas rituais judaicos ou um ser humano sob a forma do *pharmakós*, sustentado pela cidade para ser sacrificado nos períodos de calamidade, com a modernidade inaugurou-se a substituição dos rituais religiosos por outros, fundados nos ritos processuais.

O espaço do sacrifício e a busca pela paz através da mediação entre um sacrificador e uma "divindade" foram ocupados paulatinamente pelo sistema Judiciário que arrogou para si a função de canalizar a violência impura através da violência pura.[16] Entretanto, o abandono do sacrifício arcaico não impediu que a "vítima expiatória" continuasse a cumprir o seu papel no cerimonial degradante do processo, pois além de evidenciar a permanência da função sacrificial – para Garapon, uma ameaça consubstancial à própria forma do processo – ela revela as fontes imaginárias dos discursos punitivos contemporâneos, sustentados em uma racionalidade que longe de aplacar a violência, acumula, parafraseando Benjamin, "ruína sobre ruína".[17]

Uma das grandes invenções do pensamento medieval e posteriormente racionalizada pelo pensamento liberal e iluminista,[18] a "infração" substituiu a antiga concepção de "dano" que se restringia à lesão provocada por um indivíduo a outro e a estendeu ao soberano que, com a ofensa à lei do Estado, à soberania, à ordem, passou a ocupar o lugar da vítima primordial na

16. GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual Judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 256.

17. BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. *Obras escolhidas, vol. 1 – magia e técnica, arte e política*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

18. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

resolução dos conflitos, apropriando-se dos mecanismos que permitiriam a reparação do dano causado pelo crime.

A partir do momento em que o Estado sequestra o conflito e se apossa dos procedimentos Judiciários, aciona também o discurso que legitima a sua supremacia, promovendo "a ideia de que apenas ele pode conter o turbilhão das violências recíprocas, da guerra de todos contra todos, que o ódio da vitima real tenderiam a impulsionar. Discurso nitidamente desmascarado pela forma caricatural, seletiva, abusiva e também caótica, pela qual o Estado realiza a vingança pública no meio do espetáculo dos suplícios, obediente a uma determinada economia política do castigo forjada pelo poder soberano".[19]

Na tentativa de ludibriar a violência gerada pelos crimes, o Estado precisa responder com "algo para devorar", uma reparação a lhe propor; entra em cena, então, o acusado, bode expiatório humano do processo penal moderno, sobre quem irão recair todos os males provenientes das agressões ao soberano. A eficácia desse mecanismo de expiação da culpa e recuperação da inocência por meio da expulsão da vítima expiatória, ou seja, do acusado, pressupõe certo desconhecimento, embora não se possa esquecer completamente o objeto inicial e o deslizamento realizado deste objeto para a vítima realmente imolada.[20]

Na tragédia de Sófocles, apesar de Édipo não ser o culpado pela peste que se abate sobre a cidade de Tebas, a ele, um assassino, é atribuída toda a responsabilidade pela doença. Não obstante sua inocência em relação à epidemia, Édipo deve sofrer sozinho as consequências da violência recíproca que toma conta da cidade, libertando, assim, a todos os cidadãos de sua responsabilidade.

Ainda que a acusação tivesse oscilado inicialmente entre os três protagonistas, Creonte e Tirésias conseguem fixá-la somente em Édipo e com isso reafirmam a sua inocência, confirmando a veracidade da imputação apenas pelo simples fato de que nenhuma voz se levantaria para contradizê-los. A fixação mítica, para Girard, deve ser compreendida como um "fenômeno de unanimidade". "Ali onde duas, três, mil acusações simétricas e inversas se

19. CARVALHO, Thiago Fabres de. A bravura indômita da Justiça penal: o imaginário punitivo à luz da ética da vingança. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* 8/311-337. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, 2010. p. 319.

20. GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. São Paulo: Unesp, 1990. p. 16.

entrecruzavam, uma única irá triunfar, e tudo se cala em torno dela. O antagonismo de todos contra todos dá lugar à união de todos contra um único".[21]

Encontrar um culpado é indispensável para que a inocência possa existir, afinal, é exatamente "quando vemos outras pessoas cometerem faltas chocantes aos nossos olhos e passíveis de suscitar a nossa indignação que nos sentimos realmente inocentes".[22] Com a acusação, ou seja, o ato de classificar os indivíduos, que se torna possível estabelecer a separação entre puros e impuros, culpados e inocentes.

O culpado, vítima expiatória cuja execução se encontra na origem de todos os mitos, leva sobre si a culpa de todos aqueles que, com a sua condenação, serão inocentados, purificados. É na sentença condenatória que se concretiza a exorcização dos fantasmas que assombram a sociedade e se reafirma a capacidade que o ritual Judiciário possui de construir a imagem do crime e do criminoso como objetos sociais de repulsa.

A destruição ritual da pessoa e a sedimentação dos valores sociais que lhe são antagônicos pressupõem que o culpado não se identifique com o grupo social, razão pela qual o *homo criminalis* tende a ser percebido como o "outro", responsável pela instauração do caos, um selvagem que, desde as perspectivas ética, cultural e estética, se apresenta como a antítese do homem civilizado.

Se de um lado o fenômeno do bode expiatório ajuda a construir a unanimidade e a restaurar a paz, não é menos verdadeira a ideia de que ele também revela a obsessão da sociedade contemporânea pela penalização e a crença, refutada por Scheerer, de que a pena se trata de uma herança cultural da humanidade (*Kulturerbe der Menschheit*), um instituto universal e insubstituível na solução de conflitos (*Strafe muss sein*).[23]

---

21. GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. São Paulo: Unesp, 1990. p. 104.

22. GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual Judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 258.

23. SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*. Hamburg: Lucius, n. 12, . S. 69-83, 2001. A crítica de Scheerer à "razão punitiva" (*strafenden Vernunft*) se dá a partir de quatro teses fundamentais: 1. A pena não é uma herança cultural da humanidade (*Strafe ist kein kulturerbe der Menschheit*); 2. Como instrumento de controle a pena não é indispensável (*Als Steuerungsinstrument ist die Strafe nicht erforderlich*); 3. A pena marca o espaço da liberdade (*Die Strafe markierte den Raum der Freiheit*); 4. Algo melhor do que a pena não é uma utopia (*Besseres als die Strafe ist keine Utopie*) (Tradução nossa).

Um dos grandes problemas oriundos da opção pela lógica penal e da utilização do direito penal como "nova grelha de inteligibilidade das relações sociais"[24] está na perda do sacrifício, da diferença entre a violência purificadora e violência impura, ou seja, na ameaça de uma "crise sacrificial" que põe em risco não só o moderno sistema judicial, mas a própria sociedade. O acirramento da repressão e o agigantamento da Justiça penal podem fomentar o processo de indiferenciação violenta que está na gênese da crise sacrificial, impedindo a distinção entre violência impura e purificadora.

Os desníveis decorrentes dos excessos punitivos que permeiam o processo penal da modernidade podem acarretar a multiplicação dos conflitos em detrimento da eliminação da violência. A questão que se coloca neste momento é a possibilidade de se evitar a deflagração desse desequilíbrio e a função do processo na transformação do sacrifício em catástrofe.

3. TEOLOGIA PROCESSUAL: AS REPRESENTAÇÕES SIMBÓLICAS DO PROCESSO PENAL MODERNO

O surgimento do Estado moderno e a "expropriação do conflito" por parte do soberano estão intimamente relacionados à gênese do processo penal e talvez possam, em parte, situar as representações simbólicas deste mecanismo de resolução de conflitos que, em razão da atual ascensão do direito penal como mecanismo de compreensão da realidade, goza de grande prestígio social.

A substituição do modelo feudal fragmentado e a racionalização subjacente ao longo processo de transformações políticas e econômicas ocorridas na Europa durante a idade média só foi possível graças às práticas punitivas da época, práticas que se exteriorizavam como autêntico exercício de poder legitimado por uma forma de saber.

A afirmação de que "a pena deve existir" (*Strafe muss sein*), isto é, a impossibilidade de apresentar e entender o mundo sem ela,[25] parece estar ligada às fontes do imaginário punitivo da modernidade, revelando a ori-

24. GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual Judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 247.

25. SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*. Hamburg: Lucius, n. 12, .S. 69-83, 2001, S. 69. "Strafe muss sein. So heisst es ganz Allgemein. Aber warum? Vor allem wohl deswegen, weil man sich die Welt ohne sie nicht vorstellen kann". A pena deve existir. Isso é algo bastante comum. Mas por

gem sagrada da sanção penal, não obstante a sua suposta racionalização e consequente secularização, defendida pelos reformadores iluministas dos séculos XVIII e XIX. Aparentemente o sagrado continua a fazer parte das instituições políticas contemporâneas, ainda que com a crise da penalidade clássica, a Justiça tenha dado um primeiro passo em direção à pena neutra, libertando-se de sua parte sagrada e rompendo progressivamente com uma teologia política que, por ser secularizada (...) nem por isso permaneceu menos viva.[26]

No século XII, com a emergência do Estado centralizado e burocrático e a superação do modelo germânico de regulamentação de conflitos que fora revitalizado no período feudal, a ideia de dano a um terceiro agredido (vítima) é substituída pela de infração (à lei do Estado) e os procedimentos Judiciários são confiscados pelo soberano, cedendo lugar à *inquisitio* romano-penitencial-canônica. Nesse novo modelo – espiritual e administrativo, religioso e político, maneira de agir e de vigiar e controlar as almas – os visitantes eclesiásticos foram substituídos pelo procurador do Rei que buscava estabelecer, por inquérito, se houvera crime e quem o cometera.[27]

A violência, que "é de todos e está em todos",[28] deveria ser apaziguada não mais pelo sacrifício, como acontecia nas sociedades primitivas, mas pela violência "legítima" exercida pelo Estado na figura de funcionários instruídos. Para essa legitimação, assinala Anitua,[29] esses mesmos funcionários estariam também encarregados de criar um corpo teórico ou um pensamento, neste caso em especial, juristas especializados que forneceriam as bases do saber necessário para tornar socialmente aceitáveis as práticas punitivas estatais.

A superação dos históricos conflitos entre o "Império" e a "Igreja" e a junção dos poderes político e religioso em torno do soberano não só colabora-

---

quê? Provavelmente, porque não se consegue apresentar o mundo sem ela (Tradução nossa).

26. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia: e a Justiça será*. Instituto Piaget, 2001. p. 149.

27. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 70-71.

28. CARVALHO, Thiago Fabres de. A bravura indômita da Justiça penal: o imaginário punitivo à luz da ética da vingança. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* 8/311-337. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, 2010, p. 315.

29. ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008, p. 42.

ram com o relevante processo de centralização que iria minar o exercício dos poderes locais que sustentavam o modelo feudal, mas contribuíram de modo decisivo para moldar o sistema processual da época. Nos termos de Anitua,[30] "isso produziu a quebra do sistema acusatório e abriu caminho, de mãos dadas com o direito canônico que recuperava formas do processo romano imperial, ao sistema processual inquisitivo. Este sistema se baseava em alguns conceitos. Em primeiro lugar apareceu a 'infração' em substituição ao dano. Seria efetivada, dessa forma, a suposição de que o Estado é o lesado pela ação de um indivíduo sobre o outro. (...) Foi por isso que surgiram com ela (a necessidade de reparação), tanto a noção de 'delito' quanto a de 'castigo'".

Nesse contexto, tornava-se então imprescindível que o Estado fosse capaz de identificar quem era culpado pela prática da infração. A decisão sobre a existência do delito e a necessidade de condenação e castigo se manifestariam assim através de uma sentença, ato de revelação que, após a investigação, iria declarar a verdade.

Desde o inquérito, gênese do processo penal moderno, a busca pela verdade tem norteado o trabalho dos atores processuais, ampliando os horizontes de incidência das práticas persecutórias. Ao magistrado, portanto, compete o importante papel de revelar a verdade, ainda que esta seja apenas uma ilusão:

"O que é a verdade, portanto? Um batalhão móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, enfim, uma soma de relações humanas, que foram enfatizadas poética e retoricamente, transpostas, enfeitadas, e que, após longo uso, parecem a um povo sólidas, canônicas e obrigatórias: as verdades são ilusões (...)".[31]

O "impulso pela verdade" (*der Trieb zur Wahrheit*) que move o ser humano e serve de substrato para a existência social, para Nietzsche, nada mais do que a obrigação de mentir segundo uma convenção sólida, é uma das principais características do processo penal que, influenciado pelo inquérito, se reafirma como mecanismo de obtenção e autenticação da verdade.

30. ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008, p. 43.

31. NIETZSCHE, Friedrich. Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne. Disponível em: [http://gutenberg.spiegel.de/buch/3243/1]. Acesso em: 10.09.2013. "Was ist also Wahrheit? Ein bewegliches Heer von Metaphern, Metonymien, Anthropomorphismen, kurz eine Summe von menschlichen Relationen, die, poetisch und rhetorisch gesteigert, übertragen, geschmückt wurden, und die nach langem Gebrauch einem Volke fest, kanonisch und verbindlich dünken: die Wahrheiten sind Illusionen (...)".

Embora o movimento iluminista do século XVIII tenha representado um avanço na tentativa de secularizar o processo penal, sobretudo por meio da superação da crença teológica e da imposição de racionalidade na atuação dos atores processuais, dificilmente seria possível sustentar que o florescimento do humanismo e do racionalismo tenha, realmente, propiciado a ruptura com a lógica inquisitorial.

Não se está aqui a negar os avanços obtidos pela filosofia penal do iluminismo, decorrentes das reformas da cultura medieval que visavam, em especial, a secularização do direito e a dessacralização do delito, mas de reafirmar a impossibilidade de transposição do modelo inquisitivo para a consolidação do processo acusatório em virtude de um problema epistemológico.

A epistemologia da verdade que permeava o inquérito da idade média, instrumento de exercício de poder impregnado de categorias religiosas, constituiu-se como um dos elementos fundantes e, talvez, o mais importante, do processo penal moderno. Daí a utilização da expressão *teologia processual*, parafraseando Carl Schmitt, para nos referirmos ao paradigma processual da modernidade.

É importante perceber que as complexas transformações nas estruturas políticas e nas relações de poder ocorridas na Europa durante o século XII não apenas permitiram o surgimento do inquérito, como o inseriram nas práticas judiciárias da Idade Média, do período clássico e até mesmo da modernidade.[32]

Apesar das reformas oitocentistas no discurso penal e processual penal estabelecerem como variável fundamental a secularização, não lograram exorcizar a lógica inquisitorial da cultura penal.[33] As consequências da assunção do inquérito – modelo de exercício do poder ao mesmo tempo administrativo e eclesiástico – e sua introdução nas práticas punitivas e no campo teórico não se esgotaram, portanto, no ambiente medieval.

O jogo de cena laico para manutenção dos princípios fundamentais do inquisitorialismo permitiu a conservação da estrutura da *inquisitio* que, historicamente, se reinventa e cria novos mecanismos para determinar a verdade, poder dirigido aos notáveis e inacessível aos incautos. Sendo assim, a "gestão da prova" não dissolve, de modo algum, ainda que exclusivamente

32. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 74.

33. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 71.

disposta nas mãos das partes, a epistemologia da verdade que a *inquisitio* introduz definitivamente no processo penal moderno. Isto porque, a proclamação da verdade reside na autoridade advinda a partir da relação de poder, isto é, do surgimento de um poder político cuja "obediência exclui a amizade entre sujeitos".[34] Poder e verdade residem nas mãos do déspota, do Estado enquanto guardião da ordem. Dois caminhos conduzem à sua obtenção: o do flagrante delito (intrajurídico) e o *modelo de inquérito*. Uma verdade sempre anunciada pelo poder dominante e vigiada intermitentemente por ele. Assim, mesmo um juiz "árbitro imparcial", alheio à produção da prova, jamais deixará de ser um representante desse poder e um guarda feroz dessa verdade.

Nesse sentido, precisas são as palavras de Kafka:[35]

"Diante da lei há um guarda. Um camponês apresenta-se diante deste guarda, e solicita que lhe permita entrar na lei. Mas o guarda responde que por enquanto não pode deixá-lo entrar. O homem reflete, e pergunta se mais tarde o deixarão entrar.

"– É possível – disse o porteiro – mas não agora.

A porta da lei está aberta, como de costume; quando o guarda se põe de lado, o homem inclina-se para espiar. O guarda vê isso, ri-se e lhe diz:

– Se tão grande é o teu desejo, experimenta entrar apesar da minha proibição. Mas lembra-te de que sou poderoso".

4. SENTENÇA PENAL E EPISTEMOLOGIA DA VERDADE: ENTRE A ILUSÃO DA PLENITUDE DO CONHECIMENTO E A INDIFERENCIAÇÃO VIOLENTA

O ato de declarar a "verdade", de revelar a maldade e, consequentemente, a bondade que reside naqueles que não foram contaminados pela "violência impura", atribui-se a uma figura "(quase) mítica: V. Exa., o juiz".[36] É no julgamento, na decisão penal, que o ideal de justiça se satisfaz e desvela-se a teatralogia dos valores morais que sustentam as ciências jurídico-criminais.

34. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*. São Paulo: Cosac & Naify, 2004. p. 170.

35. KAFKA, Franz. Diante da lei. *A Colônia penal*. São Paulo: Livraria Exposição do Livro, 1965. p. 71.

36. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*. Tese de doutoramento em direito. Orientação: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, dez., 2004, p. 3.

Ao julgar e punir, o juiz reafirma a sua missão sacerdotal e um rudimentar sentimento humano, designando-se como o "animal avaliador",[37] o ser que mede valores, que valora e mede. Conforme desenvolve Pech,[38] ao arrogar-se o monopólio da violência penal, o Estado moderno não apenas reivindicou para si o poder exclusivo de quantificar e executar as penas, mas o poder de qualificar as infrações e medir a sua gravidade. Caberia então ao Estado a responsabilidade de separar o culpado da vítima e fazer cessar, através do processo e da pena, os efeitos da guerra privada, impedindo, mediante o exercício da violência legítima, a *mimese* violenta.

Todavia, a incorporação pelo terceiro estatal do mal sofrido pela vítima e a adoção do modelo penal dos reformadores, especialmente o de Beccaria, não impediram que o sagrado continuasse a fazer parte das instituições políticas, tampouco modificaram fundamentalmente as justificações do direito de punir.[39] Apesar das tentativas de secularizar e racionalizar o processo e a pena, reorientando a punição para a transformação do homem, esta continuou a ser cultuada e ainda tem sido compreendida como objeto de expiação dos pecados do criminoso, de purificação do indivíduo que se deixou contaminar pela "violência impura" e que, portanto, precisa ser corrigido para se reintegrar à sociedade.

Sendo o sofrimento um elemento indispensável à própria natureza da sanção penal, surgiu, com o reconhecimento de que a pena jamais poderia abolir a dignidade humana, a necessidade de se fornecer legitimidade à punição, pois conforme observou Nietzsche,[40] "o que revolta no sofrimento não é o sofrimento em si, mas a sua falta de sentido".

A pena, o sofrimento imposto ao outro, precisa então ser justificado, deve possuir algum sentido, daí as inúmeras teorias para legitimar a sanção penal e toda a fundamentação que advoga pela racionalidade da sentença penal condenatória. Meros inventos para justificar o mal. Desde a antiguidade, as tragédias, os castigos, tornaram-se festivais para a sociedade e para os julgadores que, em meio ao ritual do processo, agem como deuses, como se tivessem a vida

37. NIETZSCHE, Friedrich. *O nascimento da tragédia (ou helenismo e pessimismo)*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992. p. 59.

38. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia: e a Justiça será*. Instituto Piaget, 2001.p. 147.

39. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia: e a Justiça será*. Instituto Piaget, 2001,p. 147.

40. NIETZSCHE, Friedrich. *O nascimento da tragédia (ou helenismo e pessimismo)*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992. p. 58.

humana sob o seu controle, podendo determinar o futuro a partir de uma visão parcial do passado, dizendo o que é a verdade e quem é bom ou mau.

Neste aspecto, o sofrimento penitenciário seria algo positivo, um efeito desejável e um "meio eficaz para conduzir o criminoso da reflexão ao arrependimento e do arrependimento à salvação (consistindo esta na ocorrência da tomada de consciência, pelo condenado, da sua responsabilidade no acto que ele cometeu)".[41]

Não é de surpreender, portanto, que a inquisição tenha sido a primeira agência burocratizada dominante destinada à aplicação de castigos e à definição de verdades, e por isso a primeira a formular um discurso de tipo criminológico. De acordo com Anitua,[42] "estes seriam os primeiros produtos do poder punitivo na qualidade de justificativas de sua forma de atuar e (...) os primeiros discursos a fundamentar o seu poder em uma suposta 'emergência' que afetaria a própria sobrevivência da humanidade".

Nas sociedades modernas, em meio a democracias inquietas e desencantadas, tem sido destinada ao juiz a importante tarefa de fazer justiça e, diante da eventual impossibilidade de apaziguar o mal-estar do individuo em sofrimento, ao menos dar a este algum sentido possível. Para Garapon,[43] esta "procura de justiça" por parte da sociedade conduz a um paradoxo, uma vez que "sob o pretexto de se proteger da intervenção ilegítima de outrem, ela oferece-se ao controlo do juiz".

No cenário atual, em que a democracia corre o risco de se converter em um circo que oferece um espetáculo da crueldade, o pequeno juiz torna-se a última encarnação do combate da virtude contra o vício, de David contra Golias.[44] Com a ascensão da justiça e a preferência pela solução penal, assiste-se ao acirramento das mazelas de um sistema no qual o sofrimento das vítimas não tem preço e "a culpa é sempre indubitável".[45]

---

41. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia: e a Justiça será*. Instituto Piaget, 2001. p. 151.

42. ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008. p. 54.

43. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 147-148.

44. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 102.

45. KAFKA, Franz. Diante da lei. In: *A Colônia penal*. São Paulo: Livraria Exposição do Livro, 1965.

Carente de qualquer justificativa racional, o sofrimento intolerável imposto à vítima, diferentemente do sofrimento do acusado, produz uma espécie de consenso social primitivo, mítico, que justifica a culpa e restringe a tarefa do magistrado, transformando-o tão somente no porta-voz do castigo. Em contrapartida, defender um "presumível culpado" torna-se intolerável, por si só, um ato criminoso.[46]

Esta tendência revela o caráter sacrificial da justiça e a "ideologia vitimária" que caracteriza a nossa época, onde "nada é devido ao acaso, tudo precede de uma vontade humana e deve poder ser imputado a alguém (...). Todos os sofrimentos se relacionam com responsáveis que sustentam todo o peso da culpa: não estamos em presença de um mecanismo de substituição sacrificial?"[47]

Com o excesso punitivo e o consequente desnível da violência, esta não é eliminada, os conflitos se multiplicam e o perigo das reações em cadeia se multiplica. Eis aí aquilo que Girard[48] chama a "crise do sacrifício", engendrada pela degradação fatal do ritual e pela indiferenciação violenta que permeia o imaginário social e judicial da modernidade.

A inquietação securitária e o superdesenvolvimento da Justiça penal apenas acentuam este fenômeno, fazendo com que "o sacrifício perca o seu caráter de violência santa, para se misturar à violência impura, tornando-se seu cúmplice escandaloso, seu reflexo ou até mesmo uma espécie de detonador".[49]

Entretanto, nem mesmo as incertezas apontadas por Nietzsche[50] quanto aos motivos e fins do castigo na contemporaneidade ou a ameaça de uma catarse violenta parecem impedir a manutenção e a reprodução da violência punitiva. Ao contrário, o que se percebe hoje é uma tentativa de se transferir para a Justiça as necessidades de sentido não satisfeitas.

Em um mundo cada vez mais vazio de referências, a Justiça deve estar apta a suprir as lacunas deixadas pela tradição e oferecer respostas rápidas e

46. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia.* Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

47. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia.* Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 113.

48. GIRARD, René. *A violência e o sagrado.* São Paulo: Unesp, 1990. p. 55.

49. GIRARD, René. *A violência e o sagrado.* São Paulo: Unesp, 1990. p. 56.

50. NIETZSCHE, Friedrich. *O nascimento da tragédia (ou helenismo e pessimismo).* São Paulo: Cia. das Letras, 1992. p. 68.

seguras para todas as solicitações. Assim, a sociedade moderna não somente utiliza o direito penal como meio de exorcizar as suas dificuldades, como espera que a sentença possa ratificar todas as decisões provisórias e confirmar o relato dominante, aceitando "como *verdade absoluta* o resultado dos processos penais, como se fossem a emanação daquilo que efetivamente ocorreu no mundo da vida, por ser o resultado de um método (dito) científico, trazendo o selo de qualidade: *cientificamente comprovado*".[51]

A crença na capacidade processual de reprodução da verdade cumpre, com isso, uma função anestesiante importante para os atores processuais e para a sociedade, impedindo que a sentença judicial seja contestada, uma vez que traduz a realidade. Esse poder de estabelecer "o que é a realidade" escapa à perspectiva de que o conhecimento é construído, inventado, como afirma Foucault:[52] "o conhecimento foi, portanto, inventado. Dizer que ele foi inventado é dizer que ele não tem origem. É dizer, de maneira mais precisa, por mais paradoxal que seja, que o conhecimento não está em absoluto inscrito na natureza humana".

A ilusão tipicamente moderna da plenitude do conhecimento contraria a ideia de que a apreensão do objeto jamais será completa e escamoteia relações de poder, pois desconsidera o fato de que tanto o sujeito quanto o objeto são constituídos pela linguagem da hermenêutica vencedora no ambiente, proveniente da "capacidade de impor determinadas versões em detrimento de outras e conseguir adesões que não precisam ser fruto de persuasão e consenso sinceros".[53]

A inacessibilidade das coisas em si e a constituição do mundo real pela linguagem não tem sido capazes de reduzir a propensão do ser humano à verdade, para Nietzsche, a metáfora de todas as metáforas.[54] Apesar da natureza fictícia de uma suposta "verdade real" no processo penal, esta é invocada constantemente para justificar a violência punitiva, ainda que, no fundo,

51. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*. Tese de doutoramento em direito. Orientação: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, dez. 2004. p. 58.

52. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 16.

53. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 144.

54. NIETZSCHE, Friedrich. Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne. Disponível em: [http://gutenberg.spiegel.de/buch/3243/1]. Acesso em: 10.09.2013.

"diante dos conflitos entre relatos sobre o que ocorreu, o real, os seres humanos sempre considerem as consequências que podem advir de acolher uma hermenêutica diferente daquela que querem os poderosos".[55]

Não se está aqui a defender a ausência de uma instância final na resolução de conflitos, o que talvez pudesse levar à própria multiplicação da violência. Porém, na prática, torna-se imprescindível resgatar o "triunfo do diálogo"[56] e compreender, conforme afirma Ulfrid Neumann, que a argumentação é a forma de comunicação da sociedade democrática,[57] abdicando da epistemologia da verdade que funda o processo penal e serve de substrato para a crise sacrificial que encontra na sentença penal o seu *locus* privilegiado.

O poder de definir a verdade absoluta que se manifesta na sentença penal e se reveste de legitimidade em razão de um discurso de autoridade, acaba por ocultar a violência dos mecanismos de controle e punição institucionalizados que recaem sobre as vítimas expiatórias, fazendo com que a sociedade continue a viver aprisionada a certas ilusões, crendo na bondade do poder punitivo e na pena como rito de purificação.

5. PROCESSO PENAL E CRISE SACRIFICAL: A RUÍNA DA TRAGÉDIA

A consolidação da teologia processual penal moderna consagrou, de forma inequívoca, o abandono da dimensão trágica da existência humana. A partir de suas finalidades declaradas, o processo penal anulou a vítima, substancializou o crime e o criminoso, reativando os "regimes de verdade" próprios da inquisição. Apenas uma racionalidade técnica substituiu a fé religiosa. O racionalismo envernizou a inquisição medieval.

Com efeito, na esteira do pensamento de Ost,[58] nos parece possível sustentar que "a laicização do mundo e a secularização do direito, iniciadas des-

55. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 144.

56. GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual Judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 195.

57. NEUMANN, Ulfrid. Wahrheit statt Autorität: Möglichkeit und Grenzen einer Legitimation durch Begründung im Recht. Disponível em: [http://edoc.bbaw.de/volltexte/2011/2114/pdf/14_369_384_Neumann.pdf]. Acesso em: 20.07.2013. p. 384. "Argumentation ist die Kommunikationsform der demokratisch verfassten Rechtsgesellschaft" (Tradução nossa).

58. OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005. p. 59.

de a modernidade, não enfraqueceram verdadeiramente este laço estrutural da memória com o sagrado fundador". Da mesma forma pensam Scheerer e Hulsman,[59] ao sustentarem que a atual crença nas funções do direito penal deriva de ideias oriundas da teologia escolástica da Idade Média, sendo possível ainda afirmar que o direito penal é a continuação ou o substituto do pensamento eclesiástico na atualidade.

Ademais, o processo penal, longe de suplantar a vingança, resta mergulhado na indiferenciação violenta, na *crise sacrificial*, uma vez que reproduz uma brutal violência institucionalizada, explícita nos sistemas penais subterrâneos ou de exceção que corroem os Estados Democráticos. Muito distante de suas finalidades declaradas, o processo penal moderno, com seus sistemas de represálias, amplifica a mimese violenta, realimentando os ódios privados, visualizados nos linchamentos e nas gangues de justiceiros contemporâneas.

A explosão das violências privadas sinaliza, a nosso sentir, não para uma crise do processo e das instituições penais, mas sim para a perpetuação de seus efeitos ocultos, em especial o de reproduzir o sacrifício das vítimas expiatórias, e com isso, inibir toda e qualquer forma de esquecimento. Isto porque, "o que o Estado moderno *erradicou* não foi a violência nem a vingança, mas o sistema vindicativo que, ao menos, tinha a vantagem de canalizá-las, encerrando-as numa estrita regulação de ordem jurídica".[60] Os sistemas vindicativos, muito longe de representarem o sinal do caos e da barbárie, formulavam, a partir do direito de vingança, inúmeros rituais aptos a canalizá-la, limitando, de forma mais profunda, seus efeitos miméticos. E apostavam, de certo modo, na dimensão trágica da existência humana como elementos de sublimação da dor e do sofrimento.

Nesse sentido, Salo de Carvalho, dialogando com o pensamento de Nietzsche e Maffesoli, destaca que "enquanto o trágico vive a vida com todas as suas contradições, virtudes e perversões, o romântico opta pela felicidade

59. SCHEERER, Sebastian. Warum sollte das Strafrecht Funktionen haben? Gespräch mit Louk Hulsman über den Entkriminalisierungsbericht des Europarate. Disponível em: [www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/sowi/kriminologie/Publikationen/Scheerer_1983_Warum_sollte_das_Strafrecht_Funktionen_haben.pdf]. Acesso em: 10.01.2014. p. 68. "Man kann doch wohl kaum sagen, dass das Strafrecht die Scholastik im 20. Jahrhundert weiterführt oder ersetzt". "Der Dekalog, die ekklesiastischen Konzepte, die biblischen Bilder und das erfahrungsfremde, lediglich aus Begriffen ableitende Denken der Hoch- und Spätscholastik - all das läßt uns noch heute glauben, daß das Strafrecht Funktionen hat" (Tradução nossa).

60. ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. São Paulo: Martins Fontes Ed., 2003. p. 108.

que o amanhã paradisíaco, isento de problemas e de dor, possibilita. Esquece, portanto, o espírito dramático, de viver".[61]

A tragédia, por conseguinte, se opõe à pretensão de verdade absoluta e à deificação da racionalidade moderna que, na técnica, encontra um mecanismo eficiente de legitimação da violência punitiva que recai sobre o "bárbaro", protagonista de um drama que o apresenta como vítima expiatória, cujo papel é levar sobre si a culpa de todos aqueles que, com a sua condenação, serão inocentados, purificados. Como propõem Rosa e Ferrarezi Filho, "é o encontro com a faceta trágica e ambivalente da natureza humana que habilita o dizer daquilo que tende a não se mostrar. O confronto com o inconsciente se torna condição de possibilidade para a produção da autenticidade".[62]

Em detrimento do esquecimento, do "cumprimento do tempo", conforme propõe Gros,[63] o que se obtém com o processo penal é tão somente a eternização da dor. Nesse mesmo sentido, aduz Salo de Carvalho,[64] "a pena criminal (...) vivificaria o crime no criminoso, mantendo acesa no corpo social a experiência de dor do delito (fato pretérito não mais passível de experimentação física). Nesta rede de imposição do sofrimento (pena) para atualizar a dor do crime, os mecanismos processuais forneceriam recursos mnemotécnicos".

O esquecimento possuiria, assim, uma função apaziguadora, desbloqueando os efeitos nefastos da memória dolorosa, da paralisia no passado.[65] Todavia, é essencial notar que o esquecimento está adstrito ao tempo e somente por intermédio deste se faz justiça.[66] O castigo, ao contrário, se transforma em instrumento de moralização e normalização, através da mnemotécnica ritualizada dos processos de culpabilização, eternizando o delito no delinquente.[67]

---

61. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 126.
62. ROSA, Alexandre Morais da; FERRAREZI FILHO, Paulo. O direito grita Dionísio. In: ROSA, Alexandre Morais da; FERRAREZI FILHO, Paulo; MATZENBACHER, Alexandre (orgs.). *Estudos críticos de Direito e Psicologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 3.
63. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia: e a Justiça será*. Instituto Piaget, 2001. p. 137.
64. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 354.
65. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 354.
66. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia: e a Justiça será*. Instituto Piaget, 2001. p. 138.
67. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 359.

Representação cênica de inúmeras interpretações possíveis do *caso penal*, a prática processual apenas revela o relato vencedor, um relato que pouco tem de verdadeiro, mas se impõe como tal no embate pelo poder de definir, por meio da linguagem, a realidade. Aliás, o caso penal sequer existe em si mesmo, só existe porque foi assim definido pela ordem oficial. O processo contemporâneo poderia, dessa forma, desde que se abrisse à compreensão do papel reconciliador acionado pelas representações simbólicas dos sistemas vindicativos, assumir inúmeros novos contornos, e superar as suas fantasmagóricas funções[68] declaradas, transmutando-se em uma cerimônia de negociação, de diálogo, podendo, assim, possuir feições terapêuticas, reparatórias, compensatórias, conciliatórias, conforme proclamou o imortal Louk Hulsman.[69]

6. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2010.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. *Obras escolhidas, vol. 1 – magia e técnica, arte e política*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Thiago Fabres de. A bravura indômita da Justiça penal: o imaginário punitivo à luz da ética da vingança. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* 8/311-337, Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, 2010.

68. Parafraseando Hulsman, acreditamos que repensar as funções do processo penal só se torna indispensável em razão de sua própria existência. Ao ser questionado sobre por que o direito penal deveria ter alguma função, Hulsman respondeu: apenas por que ele existe, naturalmente (tradução nossa). "Aber warum sollte das Strafrecht denn Funktionen haben? Nur deswegen, weil es existiert, natürlich". SCHEERER, Sebastian. Warum sollte das Strafrecht Funktionen haben? Gesprãch mit Louk Hulsman über den Entkriminalisierungsbericht des Europarate. Disponível em: [www.wiso.unihamburg.de/fileadmin/sowi/kriminologie/Publikationen/Scheerer_1983_Warum_sollte_das_Strafrecht_Funktionen_haben.pdf]. Acesso em: 10.01.2014. .S. 68.

69. SCHEERER, Sebastian. L'abolizionismo nella criminologia contemporanea. *Dei Delliti e dela Pene*. Bari: De Donato, 1983. p. 525 e ss. HULSMAN, Louk; *Bernat de Celis*, Jacqueline. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Niterói: Luan, 1993.

CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

_____. *Arqueologia da violência*. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nélson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais, Itec*, n. 1. Porto Alegre: Nota Dez, 2001.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1997.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual Judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

_____; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia: e a Justiça será*. Instituto Piaget, 2001.

GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. São Paulo: Unesp, 1990.

HEKMAN, Susan J. *Hermenêutica e sociologia do conhecimento*. Lisboa: Edições 70, 1990.

HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luan, 1993.

KAFKA, Franz. Diante da lei. *A colônia penal*. São Paulo: Livraria Exposição do Livro, 1965.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*. Tese de doutoramento em direito. Orientação: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, dez. 2004.

_____; FERRAREZI FILHO, Paulo. O direito grita Dionísio. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre; FERRAREZI FILHO, Paulo; MATZENBACHER, Alexandre (orgs.). *Estudos críticos de Direito e Psicologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NEUMANN, Ulfrid. Wahrheit statt Autorität: Möglichkeit und Grenzen einer Legitimation durch Begründung im Recht. Disponível em: [http://edoc.bbaw.de/volltexte/2011/2114/pdf/14_369_384_Neumann.pdf]. Acesso em: 20.07.2013.

NIETZSCHE, Friedrich. *O nascimento da tragédia (ou helenismo e pessimismo)*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992.

_____. Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne. Disponível em: [http://gutenberg.spiegel.de/buch/3243/1]. Acesso em: 10.09.2013.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.

RICOUER, Paul. *Hermenêutica e ideologias*. Rio de Janeiro: F. Alves Ed., 1990.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. São Paulo: Martins Fontes Ed., 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2001.

SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*. Hamburg: Lucius, n. 12, S. 69-83, 2001.

_____. L'abolizionismo nella criminologia contemporanea. *Dei Delliti e dela Pene*. Bari: De Donato Ed., 1983.

_____. Warum sollte das Strafrecht Funktionen haben? Gespräch mit Louk Hulsman über den Entkriminalisierungsbericht des Europarate. Disponível em: [www.wiso.uni-hamburg.de]. Acesso em: 10.01.2014.

SOARES, Luis Eduardo. Hermenêutica e Ciências Sociais. In: GAUER, Ruth (org.). *A qualidade do tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Subjetividade e processo penal: assumindo a complexidade ínsita à decisão, de Thiago Alessandro Fattori – *RBCCrim* 103/191-244 (DTR\2013\7214); e
- Verdade real e narrativismo processual, de Eduardo Cambi – *RT* 948/137 (DTR\2014\13001).

82194

O STF e a prisão no processo extradicional brasileiro: uma releitura contemporânea

The Brazilian Supreme Court and the provisional arrest in extradition matters: a new contemporary reading

Yuri Sahione Pugliese

Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Graduado em Direito e Processo Penal pelo Instituto AVM/Universidade Cândido Mendes. Advogado.
ysahione@gmail.com

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O artigo pretende rediscutir o instituto da prisão no processo de extradição a partir da jurisprudência do STF. Dividido em três momentos, se inicia com a apresentação do contexto histórico da prisão para extradição no ordenamento brasileiro, para então avançar nas discussões pertinentes a sua natureza jurídica, até culminar com a apresentação de uma proposta para a releitura da prisão no processo de extradição. A metodologia empregada envolve principalmente a análise de decisões da Corte Suprema relativas à prisão e a sua manutenção, além do cotejo com as doutrinas nacional e estrangeira sobre o tema. Desta forma, se pretende provar que certas premissas adotadas pela Corte para justificar a prisão para extradição estão desatualizadas e precisam ser revistas, sugerindo-se uma releitura ao final.

Palavras-chave: Direito penal internacional – Prisão cautelar – Extradição – STF – Releitura contemporânea.

Abstract: This paper intends to debate the provisional arrest in extradition matters from the point of view of the Brazilian's Supreme Court jurisprudence. Divided in three moments, this study begins with the presentation of the provisional arrest in extradition matters in Brazilian's history, then faces discussions regarding the legal nature of prison, culminating with the presentation of a proposal for a rereading. The methodology mainly involves analysis of Supreme Court decisions concerning the detention and maintenance of custody in addition to the comparison with the national and foreign doctrines on the subject. Thus, it intends to prove that certain assumptions made by the Court to justify the arrest in extradition proceedings are outdated and need to be revised, suggesting a rereading the end.

Keywords: International criminal law – Provisional arrest – Extradition – Brazilian Supreme Court – Contemporary rereading.

Sumário: 1. Introdução – 2. A prisão no contexto histórico da extradição no Brasil – 3. A natureza jurídica da prisão no processo de extradição – 4. A prisão preventiva na extradição: a necessidade de sua releitura – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

Pugliese, Yuri Sahione. O STF e a prisão no processo extradicional brasileiro: uma releitura contemporânea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 167-192. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

1. INTRODUÇÃO

A extradição[1] é o ato de cooperação pelo qual "(...) um indivíduo é entregue por um Estado a outro, que seja competente para processá-lo e puni-lo",[2] seu fundamento reside na ideia de que os criminosos devem ser responsabilizados por seus atos (*accountability*).

Hugo Grotius, em 1624, formulou a máxima *aut dedere aut punire*, segundo a qual os Estados devem extraditar ou punir, posteriormente, em 1973, Bassiouni,[3] diante da nova realidade processual penal, ajustou a máxima para *aut dedere aut judicare* (ou se extradita ou se processa).

A posição atribuída a Grotius é de que deve haver solidariedade dos Estados no combate ao crime, decorrente de um dever moral existente de assistência mútua entre os Estados.[4]

Não por menos, é considerada a modalidade de cooperação mais antiga da humanidade. Há relatos de que em 1291 a.C., Ramsés II e Hattisuli, rei dos Hititas, celebraram o primeiro tratado de extradição de que se tem notícia.[5]

---

1. Segundo Hildebrando Accioly, extradição é "(...) o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo, acusado de um delito ou já condenado como criminoso, à Justiça do outro, que o reclama, e que é competente para julgá-lo e puni-lo" (ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 347).

2. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. vol. II, p. 981.

3. BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. New York: Transnational Publishers, 2003. p. 334.

4. O prof. Celso Mello (2002) observa, contudo, que, historicamente, a entrega de criminosos estava relacionada à manutenção da ordem interna do que propriamente a um dever de cooperação internacional por parte dos Estados. Esta abordagem somente foi construída a partir da obra de Hugo Grotius (MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 983). Gilda Russomano (1973), recorrendo ao direito das gentes, reconhece a existência de deveremos morais, derivados de uma lei moral, que impõe aos Estados, em tempos de paz de cooperarem pelo desenvolvimento da ordem internacional (RUSSOMANO, Gilda. A extradição no direito internacional e no direito brasileiro. In: _____. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: José Konfino Ed., 1973. p. 38).

5. BASSIOUNI, M. Cherif. Op. cit. p. 348. Muito embora deva ser feita a ressalva de Souza (1998), citando Jiménez de Asúa (1950) de que o primeiro tratado de extradição, tal como conhecido na atualidade, foi assinado entre o Rei da França – Carlos V – e o Conde de Sabóia, em 1376, com a finalidade de impedir que acusados de delito saíssem da França para se refugiarem na Sabóia e vice-versa. (SOUZA, Artur de Brito

No Brasil, o instituto da extradição é relativamente recente. Os primeiros tratados de extradição foram celebrados pelo País entre os anos de 1826 e 1836,[6] com França, Inglaterra,[7] Alemanha e Portugal. Paralelamente à vigência dos tratados celebrados, o Ministério dos Negócios Estrangeiros do Brasil, editou, em 04.02.1847, Circular disciplinando internamente o processamento dos pedidos de extradição.

Nestes mais de 160 anos de vigência do instituto da extradição no ordenamento jurídico brasileiro, um determinado aspecto deste não sofreu alterações, mesmo ante a mudanças de constituições, de regimes e de forma de governo no país, a necessidade de se impor a prisão do extraditando.

Mesmo que a legislação brasileira no que concerne à extradição e o próprio instituto tenham sofrido mudanças decorrentes da evolução do pensamento jurídico nos últimos séculos, a questão relativa à prisão no processo de extradição parece ter ficado estagnada no tempo, pelo menos até recentemente.

O presente artigo pretende analisar a prisão no processo extradicional em três momentos diferentes, sendo o primeiro consistente na análise histórica da prisão no ordenamento brasileiro. O segundo consiste na discussão da natureza da prisão no processo de extradição brasileiro, sendo o terceiro uma proposta para o tratamento da prisão, ante a existência de decisões da Corte Suprema que vêm indicando uma virada histórica na questão.

2. A PRISÃO NO CONTEXTO HISTÓRICO DA EXTRADIÇÃO NO BRASIL

Historicamente, no Brasil, não há processo de extradição sem a decretação da prisão do extraditando.

No primeiro tratado de extradição celebrado com a Argentina, em 1869 (Dec. 5.160, de 04.12.1872), havia determinação expressa de que o indivíduo

---

Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 47).

6. CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do Estrangeiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 261. Após esse período outros tratados também foram celebrados, a exemplo celebrado com os Países Baixos, promulgado pelo Dec. 8.296, de 29.10.1881.

7. Souza (1998) sustenta que o Tratado de Amizade, Navegação e Comércio entre o Império do Brasil e o Reino Unido não pode ser considerado um tratado de extradição por duas razões: a primeira que o tratado só previa expulsão do súdito de um das partes e a segunda que o tratado mantinha a figura do juiz conservador da Nação inglesa, que, na prática, representava a possibilidade da Inglaterra exercer sua jurisdição diretamente em solo brasileiro (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Op. cit., p. 53-56).

objeto da extradição seria posto em custódia provisoriamente, se a extradição tivesse como fundamento a prática dos delitos previstos no corpo do tratado (art. 13). A prisão preventiva era ordenada "mediante requisição feita de qualquer dos seguintes modos: 1.º Pelos respectivos governos; 2.º Pelos agentes diplomaticos ou consulares dos *dous paizes*; ou 3.º Pelos presidentes ou governadores das provincias limitrophes e commandantes das respectivas fronteiras".

O pedido de prisão deveria ser acompanhada do mandado de prisão expedido pelas autoridades competentes do país que a requeria, na forma de sua legislação, com a indicação dos fatos imputados e disposições penais correspondentes.

Havendo a captura, mas não tendo o Estado requerente apresentado nos três meses subsequentes à prisão a documentação necessária ao pedido de extradição, o indivíduo deveria ser colocado em liberdade.

Em sendo caso de urgência, contudo, a prisão poderia ser pedida pelo meio de comunicação mais célere, mesmo antes da exibição do mandado de prisão, devendo o Estado requerente apresentar à autoridade competente o mandado de prisão no prazo de 15 dias da captura.

O mesmo tipo de previsão quanto à possibilidade de prisão antes mesmo da exibição de mandado de prisão podia ser encontrada no tratado de extradição de 1867, celebrado com a Alemanha (Dec. 6.946, de 25.06.1878). No caso alemão, entretanto o prazo para apresentação da documentação pertinente era de 90 dias.

O tratado de extradição celebrado com a Holanda (Dec. 8.296, de 29.10.1881), por sua vez, não traz qualquer disposição sobre as hipóteses em que se ordenará a extradição do indivíduo, porém estabelece o prazo de 90 dias a partir da captura para a apresentação da documentação necessária para formalizar o processo de extradição (art. 7.º).

Findo o prazo *in albis*, o indivíduo deveria ser colocado em liberdade sem a possibilidade de ser novamente submetido à prisão pelo mesmo motivo e devendo o Estado requerente arcar com as despesas. A mesma disciplina pode ser encontrada no tratado de extradição celebrado com a Espanha (Dec. 4.978, de 12.06.1872) e na Convenção celebrada entre o Brasil e Portugal para punir e reprimir o crime de moeda falsa, (Dec. 1.707, de 29.12.1855), mas que previa o prazo de 8 meses para a apresentação da documentação (art. 8.º).

O acordo internacional celebrado com a Holanda ainda prevê que as formas e regras internas do país requerido irão disciplinar a prisão do extraditando.

Se para os pedidos de extradição vindos de nações estrangeiras a regra estabelecida era a da prisão, mesmo que sem a apresentação prévia de um man-

dado ou dos documentos que pudessem justificar o pedido extradicional, nos pedidos de extradição entre Estados dos Estados Unidos do Brasil, sempre que a legislação penal vigente à época admitisse a concessão de fiança, a mesma seria dada no local em que o extraditando estaria refugiado, ou seja, em outro Estado diverso do Distrito da culpa ou no Distrito Federal, resolvendo-se o processo de extradição.

Em outras palavras a extradição entre Estados prevista no Dec. 39, de 30.01.1892 nada mais era do que a determinação da prisão de um réu condenado ou processado que se evadisse do distrito da culpa, sendo certo que havendo a possibilidade legal de concessão de fiança desapareceria o fundamento cautelar da medida, sendo a extradição substituída pela garantia.

A Lei 2.416, de 28.06.1911, primeira Lei sobre extradição do país, previa que o pedido de extradição, solicitado por via diplomática, deveria vir acompanhado de "cópia, ou traslado authentico de sentença de condemnação ou da sentença ou acto do processo criminal, emanado do juiz competente", contendo a indicação precisa do fato incriminado, o lugar e a data em que o delito foi praticado, além de cópias dos textos da lei aplicáveis ao caso (art. 8.º).

Recebido o pedido pelo Ministro do Exterior, o mesmo era remetido ao Ministro do Interior que deveria providenciar a prisão do extraditando e sua apresentação perante o STF (art. 9.º).

Havendo urgência, contudo, a prisão poderia ser efetuada em caráter preventivo, pelo prazo máximo de 60 dias, até que o Estado requerente formalizasse o pedido de extradição (art. 9.º, parágrafo único).

Tão logo fosse cumprido o mandado de prisão, os documentos relativos ao pedido de extradição eram remetidos ao STF para julgamento, oportunizando ao extraditando o exercício do seu direito de defesa (art. 10).

Na primeira lei sobre extradição do país não havia a exigência de que o mandado de prisão para fins de extradição fosse previamente expedido pela autoridade judiciária competente do Estado requerente, para então ser cumprido pelas autoridades brasileiras.

A prisão, segundo a Lei 2.416, de 28.06.1911, era ato administrativo emanado do Ministério do Interior em decorrência do recebimento do pedido de extradição.

Com a edição do Dec.-lei 394, de 28.04.1938, se passou a exigir que a prisão do extraditando fosse previamente determinada pelo juiz ou tribunal competente do Estado requerente, se não houvesse sentença definitiva, que deveria ser de privação de liberdade (art. 5.º).

PUGLIESE, Yuri Sahione. O STF e a prisão no processo extradicional brasileiro: uma releitura contemporânea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 167-192. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

O pedido de extradição, sob a égide da segunda lei sobre extradição, deveria ser encaminhado pela via diplomática ou, na falta de agente diplomático, Governo a Governo, sendo instruído com a cópia autenticada da sentença de condenação, ou das decisões de pronúncia ou prisão preventiva, proferidas por juiz competente, sendo exigido que contenham a indicação precisa do fato criminoso, o lugar e a data em que foi cometido, além da cópia dos textos de lei aplicáveis ao caso (art. 7.º).

Uma vez recebido pelo Ministério das Relações Exteriores, era então encaminhado ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, para as providências pertinentes à detenção do extraditando e sua apresentação ao STF (art. 8.º).

Havendo urgência, invocando a existência de sentença condenatória, auto de prisão em flagrante ou mandado de prisão, ou ainda fuga do extraditando após o crime ou a condenação, o Estado requerente, prometendo reciprocidade de tratamento, poderia requerer por qualquer meio, inclusive o telefônico, a prisão imediata do agente, dispondo de 60 dias[8] da data em que for recebida a requisição pelo Brasil para formalizar o pedido de extradição (art. 9.º).

Efetuada a prisão, os documentos eram remetidos ao STF para julgamento, após ser concedido direito de defesa ao extraditando[9] (art. 9.º).

O Dec.-lei 394, de 28.04.1938, não alterou o caráter administrativo da ordem de prisão expedida no Brasil, já que emanado de Ministro de Estado, que é parte do Poder Executivo, muito embora tenha delimitado as hipóteses de prisão preventiva: (i) ao início de cumprimento de pena; (ii) quando houvesse fuga do extraditando para o Brasil, em estado de flagrância delitiva, com ou sem auto de prisão em flagrante; (iii) a existência de mandado de prisão preventiva; e (iv) quando houvesse fuga do extraditando para o Brasil, após ter sido prolatada sentença condenatória em desfavor do mesmo.

8. O art. 9.º do Dec.-lei 394, de 28.04.1938, ainda previa que a prisão preventiva do extraditando não poderia ser mantida além do dito prazo, nem se admitiria novo pedido de prisão, pelo mesmo fato, sem o pedido formal de extradição devidamente instruído. Neste sentido o STF editou a Súmula 2 de sua jurisprudência que permitia a concessão de liberdade vigiada caso ultrapassado o prazo de apresentação dos documentos. Contudo, com a revogação do Dec.-lei 394/1938, o STF entendeu que a Súmula também estaria revogada .

9. Uma vez preso, o relator do pedido de extradição designava dia e hora para o interrogatório do extraditando (art. 205 RISTF/1970), se iniciando após o ato processual o prazo de 10 dias para apresentação de defesa (art. 206 RISTF/1970). Com ou sem defesa, era aberta vista dos autos ao Procurador-Geral para parecer, devolvendo-se os autos ao relator em seguida para julgamento.

O Regimento Interno de 1970 do STF,[10] em relação à prisão, era expresso no sentido de que não se dava andamento ao pedido de extradição, sem que o extraditando fosse preso e colocado à disposição do tribunal (art. 204) e que a mesma perduraria até o julgamento final do tribunal, não sendo admitida a concessão de liberdade vigiada (art. 209).

Sobrevindo o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), pouco se alterou na disciplina da extradição, em especial o que tange a prisão. Foram mantidas as disposições legais anteriores no sentido de que a prisão na extradição seria imposta como decorrência de sentença final de privação de liberdade, ou estar autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado requerente (art. 78, II).

O envio do pedido de extradição continuou sendo feito pela via diplomática ou diretamente de Governo a Governo, na falta desta, devendo ser instruído com a cópia autêntica ou a certidão da sentença condenatória, da de pronúncia ou da que decretar a prisão preventiva, proferida por juiz ou autoridade competente, contendo indicações precisas do fato criminoso, local de realização, data, sua natureza e circunstâncias, identidade do extraditando, além da cópia dos textos legais pertinentes (art. 80).

Assim, uma vez recebido o pedido pelo Ministério das Relações Exteriores, este será remetido ao Ministério da Justiça que ordenará a prisão do extraditando, colocando-o à disposição da Corte Suprema (art. 81). O atual Regimento Interno do STF, de 1980, em seu art. 208 é expresso no sentido de que não terá andamento o pedido de extradição sem que o extraditando seja preso e colocado à disposição do tribunal.[11]

A possibilidade de decretação da prisão preventiva também foi mantida (art. 82), sempre que constatada urgência e que o pedido esteja fundamentado em sentença condenatória, auto de prisão em flagrante, mandado de prisão, ou, ainda, em fuga do indiciado, sendo ampliado de 60 para 90 dias o prazo para o Estado requerente formalizar o pedido de extradição (art. 83).

Assim como nas anteriores legislações, a prisão no processo de extradição perdurará até o julgamento final do STF (art. 213 do RISTF), não sendo admitidas a liberdade vigiada, a prisão domiciliar, nem a prisão albergue (art. 84), sendo certo que o prazo em que o extraditando permanecer preso no Brasil será computado do tempo total a que deverá cumprir no estrangeiro (art. 91, II).

10. Brasil. STF. Regimento Interno de 1970, consolidado até a ER 5 e atualizado até a ER 8.

11. Brasil. STF. Regimento Interno: (atualizado até maio de 2013) – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2012.

O Estatuto do Estrangeiro tampouco retirou o caráter administrativo da prisão[12] em razão de pedido de extradição, que somente passou a ser decretada por Autoridade Judiciária, no caso o Ministro Relator do STF,[13] após a promulgação da Constituição Federal de 1988, em especial em razão do disposto no art. 5.°, LXI, que estabelece a impossibilidade de ser prender alguém senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar.

Assim, ao julgar questão de ordem no Pedido de Extradição 478,[14] o Plenário do STF decidiu que a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 derrogou o Estatuto do Estrangeiro na parte em que atribuía competência ao Ministro da Justiça para decretar prisão preventiva.

Diante disso, foi promulgada a Lei 12.878, de 04.11.2013, que modifica parte das disposições do Estatuto do Estrangeiro sobre extradição para adequá-lo à nova realidade constitucional. Pela redação do projeto, o pedido de extradição será remetido imediatamente pelo Ministério da Justiça ao STF (nova redação dada ao art. 81 do Estatuto do Estrangeiro).

O projeto mantém o cabimento da prisão preventiva nas mesmas hipóteses já existentes, atualizando a redação da Lei para fazer constar que a ordem estará condicionada à autorização judicial, mas passando a exigir também que o pedido de prisão venha instruído com a difusão internacional da Organização Internacional de Polícia Criminal Internacional, traduzido para o português, além de outras diligências que comprovem a presença do extraditando em território brasileiro (nova redação dada no art. 84 do Estatuto do Estrangeiro, para a inserção do § 4.°).[15]

---

12. Ao julgar a QO na Extradição 478 o STF reconheceu o caráter administrativo da prisão no processo de extradição, que era fundamentada no art. 153, §12, da CF/1967, com a redação dada pela EC 1/1969, que admitia a prisão emanada de autoridade competente, judiciária ou não.

13. O primeiro pedido de prisão preventiva para extradição (PPE 1), enquanto processo com trâmite originário no STF foi distribuído em 1988, sendo certo que a distribuição do pedido de prisão preventiva, nos termos da atual redação do art. 77-C do RISTF torna o Ministro relator prevento para julgamento do pedido de extradição (ER 34/2009). Contudo, nos termos do art. 5.°, V, do RISTF, o pedido de prisão, justificada a urgência, poderá ser analisado pelo presidente do STF durante o plantão Judiciário.

14. QO na Extradição 478, j. 30.11.1988, rel. Min. Moreira Alves.

15. Tal inserção legislativa tem por finalidade adequar a redação do Estatuto do Estrangeiro à realidade de alguns tratados já ratificados, como o Tratado de Extradição celebrado com Israel, de 2009 (Decreto Legislativo 82/2012).

A inovação maior trazida pelo projeto é proposta de nova redação para o art. 84, prevendo a possibilidade do pedido de prisão não ser formulado apenas pelo Estado requerente, mas também pelo Ministério Público ou pela autoridade policial competente.

No âmbito dos tratados e acordos internacionais celebrados pelo Brasil nos últimos anos, o tema da prisão no processo de extradição também aparece mencionado. A Convenção Americana sobre extradição da OEA,[16] de 1981, trata da prisão no art. 14, sob o título detenção provisória e medidas cautelares, que indica a possibilidade de decretação da prisão na hipótese de existirem casos urgentes (art. 14, 1).

O tratado de extradição modelo adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas[17] indica que a prisão provisória para fins de extradição pode ser decretada em casos de urgência,[18] ficando pendente a apresentação da documentação necessária para a formalização do pedido de extradição (art. 9, 1).

O caráter cautelar da prisão dado pelo tratado modelo fica claro não só pela indicação de que a prisão ocorrerá em casos de urgência, mas também porque reserva ao Estado requerido o poder de decidir sobre o cabimento ou não do pedido de prisão conforme sua legislação (art. 9, 3).

Mais explícitas são as Convenções de Palermo (Dec. 5.015, de 12.03.2004) e Mérida (Dec. 5.687, de 31.01.2006), que em seus arts. 16, 9 e 44, 10, respectivamente, dispõem que o Estado-parte requerido poderá, a pedido do Estado-parte requerente, se considerar que as circunstâncias o justificam e que existe urgência, colocar em detenção uma pessoa, presente no seu território, cuja extradição é pedida, ou adotar a seu respeito quaisquer outras medidas apropriadas para assegurar a sua presença no processo de extradi-

16. Segundo a OEA, o Brasil ainda não ratificou o Tratado, conforma se verifica pela consulta ao sítio [www.oas.org/juridico/english/sigs/b-47.html], Acesso em: 08.11.2013.

17. Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Res. 45/116, posteriormente emendada pela Res. 52/88.

18. Segundo o manual sobre o Tratado Modelo da ONU, casos de urgência podem ser identificados quando, por exemplo, o Estado requerente tem razões para acreditar que o indivíduo que será objeto do pedido está na iminência de sair do território do Estado requerido e não há tempo hábil para formalizar o pedido de extradição (United Nations Office on Drugs and Crime. Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters. Disponível em: [www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf]. Acesso em: 08.11.2013).

ção, deixando de forma objetiva que a prisão não deve ser considerada regra no processo de extradição.

Nos acordos bilaterais, pode ser encontrado no tratado celebrado com a Índia (Decreto Legislativo 187/12), de 2008, o art. 9, 3, que possibilita a decretação da prisão preventiva em casos de urgência desde que o pedido de extradição venha acompanhado da evidência que, de acordo com a lei da Parte requerida, justifique sua detenção para julgamento, se o crime tiver sido cometido no território da Parte requerida, enquanto que no tratado celebrado com o Suriname, além da possibilidade de requerimento de prisão em casos urgentes, há expressa possibilidade de ser concedida liberdade provisória em qualquer momento,[19] devendo a Parte requerida tomar as medidas que considera necessárias para evitar a fuga da pessoa reclamada (art. 12, 2).

A análise histórica da prisão no contexto do processo de extradição demonstra que a privação de liberdade está presa a raízes que impedem uma mudança de postura por parte do Brasil. Por outro lado, os tratados de extradição mais recentes vêm explicitando a possibilidade da concessão de liberdade provisória para o extraditando, o que indica uma tendência de superação.

Não obstante, a mudança legislativa não parece influenciar suficientemente a Suprema Corte, na medida em que a decretação automática da prisão, bem como sua exigência como pressuposto para o desenvolvimento do processo extradicional está fundada não apenas na previsão contida no Estatuto do Estrangeiro, mas na sua natureza jurídica.

---

19. Muito embora a previsão de concessão de liberdade provisória a qualquer momento esteja inserida dentro da disposição que trata da liberação do extraditando caso a documentação do pedido de extradição não venha dentro do prazo legal, a leitura do art. 12, 2 permite identificar a existência de duas situações de liberdade distintas, sendo o primeiro a colocação da pessoa reclamada em liberdade e o segundo a concessão de liberdade provisória. O próprio manual sobre o tratado de extradição modelo da ONU indica a possibilidade de concessão de liberdade antes do prazo para entrega dos documentos, bem como recomenda aos Estados que adéquem suas legislações para que possam ser liberadas sob fiança ou mediante condições específicas como a entrega do passaporte (United Nations Office on Drugs and Crime. Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters. Viena: United Nations Publications, 2002. p. 47. Disponível em: [www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf]. Acesso em: 08.11.2013).

3. A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO NO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO

A jurisprudência do STF ao longo dos anos se consolidou no sentido de que a prisão no processo de extradição possui uma natureza dúplice: a de pressuposto ao regular processamento da ação de extradição passiva[20] e a de medida cautelar.[21]

Não parece compreensível que a privação de liberdade no processo de extradição possa comportar esta duplicidade de naturezas, isto porque a invocação de ser a prisão *conditio sine que non*[22] para o processamento do pedido de extradição impede qualquer análise do ponto de vista da presença de pressupostos ou de proporcionalidade da medida cautelar.

Neste sentido, a Corte Suprema já se manifestou afirmando a inaplicabilidade dos requisitos do art. 312 do CPP para fins de aferição da legalidade ou não da manutenção da prisão.[23]

Por outro lado, o mesmo Tribunal afirmou ser a prisão para fins de extradição medida cautelar e, por este motivo, poderia comportar o deferimento excepcional de medidas menos gravosas ou mesmo da liberdade.[24]

A instabilidade quanto à definição da natureza jurídica da prisão no processo extradicional se dá pelo fato de que há muito a jurisprudência do STF tem decidido que o Estatuto do Estrangeiro foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, de maneira que a prisão preventiva para fins de extradição não ofende a garantia ao devido processo legal (art. 5.°, LIV, da CF/1988).[25]

Da mesma forma, decidiu o tribunal que quando o art. 5.°, LXVI prevê que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, na hipótese da lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, nos processos de extradição, a re-

20. AgRg na Extradição 1.121, j. 04.09.2008, rel. Min. Celso de Mello; HC 63.803, j. 05.03.1986, rel. Min. Rafael Mayer; HC 71.172, j. 25.03.1994, rel. Min. Celso de Mello; Extradição 820, j. 22.11.2001, rel. Min. Nelson Jobim.

21. QO na Extradição 579, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 10.09.1993; Extradição 1.274, j. 16.10.2012, rel. Min. Dias Toffoli; Extradição 1.216, j. 02.03.2011, rel. Min. Dias Toffoli.

22. Mirtô Fraga, *O novo Estatuto do Estrangeiro comentado*, Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 339.

23. *RTJ* 166/200-201, Min. Celso de Mello.

24. Extradição 1.310, j. 06.08.2013, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

25. AgRg na Extradição 783, j. 27.11.2002, rel. Min. Carlos Velloso.

missão deve ser feita ao Estatuto do Estrangeiro e não ao Código de Processo Penal, que não trata de extradição.[26]

Em outras palavras, a prisão preventiva tem por fundamento o próprio pedido de extradição,[27] consubstanciando verdadeiro requisito de procedibilidade[28] para a extradição, não estando sujeita a qualquer controle de proporcionalidade[29] e razoabilidade,[30] ou seja, não se sujeita a alegações de excesso de prazo,[31] por exemplo. Como consequência desta posição, a jurisprudência da Corte Suprema vem albergando prisão automática diante do pedido de extradição, sem a necessária observância do art. 312 do CPP.[32]

Assim, é dada estrita aplicabilidade ao parágrafo único do art. 84 do Estatuto do Estrangeiro, que determina a duração da prisão até o julgamento final do pedido de extradição,[33] não sendo admitidas a liberdade vigiada, a prisão domiciliar, nem a prisão albergue.[34]

---

26. AgRg na Extradição 966/EU, j. 31.08.2005, rel. Min. Sepúlveda Pertence.
27. Segundo observou o Min. Celso de Mello (*RTJ* 149/374-375), a prisão tem caráter cautelar e, como tal, tende a assegurar a efetividade de eventual ordem de extradição. No mesmo sentido, se manifestou o Min. Cesar Peluzo ao votar no julgamento do HC 91.657, j. 13.09.2007, rel. Min. Gilmar Mendes, acrescentando que a prisão é decretada com base na legislação subalterna, sob a presunção de que os pedidos de extradição também, de regra, gozam de presunção de regularidade.
28. Voto do Min. Menezes Direito no HC 91.657, j. 13.09.2007, rel. Min. Gilmar Mendes, no qual tinha como paciente o ex-jogador de futebol colombiano Freddy Rincón.
29. No julgamento do AgRg na Extradição 1.035, j. 18.11.2010, rel. Min. Ellen Gracie o STF, por maioria, negou direito do extraditando ficar em liberdade, mesmo diante do mesmo já ter direito à liberdade condicional considerando o tempo de prisão já cumprido no exterior e o tempo em que ficou preso preventivamente em razão do pedido de extradição (quase 4 anos ao todo), vencido o Min. Marco Aurélio que concedia prisão domiciliar, eis que a custódia para fins de extradição já alcançava quase 2 anos de duração.
30. Esta situação não se confunde com a possibilidade de alguém ficar mais tempo preso do que há de pena a cumprir no estrangeiro, pois o cumprimento de pena afasta a dupla-punibilidade, que é uma das manifestações do princípio da identidade.
31. BRASIL. STF. HC 81.356. Brasília, 21.11.2001.
32. Observação feita pelo Min. Marco Aurélio, ao votar no HC 91.657, j. 13.09.2007, rel. Min. Gilmar Mendes.
33. AgRg na Extradição 1.121, j. 04.09.2008, rel. Min. Celso de Mello.
34. O art. 84, parágrafo único, do Estatuto do Estrangeiro prevê: A prisão perdurará até o julgamento final do STF, não sendo admitidas a liberdade vigiada, a prisão domiciliar, nem a prisão albergue.

Mesmo diante da inflexibilidade legal, existem casos excepcionais que impuseram a adequação da medida às circunstâncias existentes. No caso da atriz mexicana Glória Trevi,[35] o STF determinou a transferência da extraditanda para um hospital a fim de que a mesma recebesse adequado tratamento quando do parto.

Durante o período de amamentação, todavia, entendeu a Corte que somente lhe seria cabível em razão de sua condição e de sua filha recém-nascida, a prisão especial, lhe sendo negada a prisão domiciliar[36] ou qualquer outra forma prisão.

À exceção de hipóteses que envolvam risco à saúde do extraditando,[37] como no caso da atriz mexicana, ou de menores que sejam comprovadamente dependentes do extraditando,[38] a custódia automática e sua manutenção indeterminada no curso de processo judicial são carregadas de verdadeiro preconceito legal em relação ao tratamento dispensado aos estrangeiros face ao tratamento dado pela lei aos brasileiros.[39]

35. STF, AgRg na Extradição 783/ME, Plenário, j. 27.11.2002, rel. Carlos Veloso.

36. Um ano antes da decisão do STF o Código de Processo Penal havia sido parcialmente reformado para permitir, nos termos do art. 318, III e IV, que a prisão preventiva fosse substituída pela prisão domiciliar, quando a presa for gestante até o sétimo mês de gravidez ou esta sendo de alto risco e quando imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade.

37. Na Extradição 791/Portugal, j. 18.10.2000, rel. Min. Celso de Mello, foi transformada em prisão domiciliar a prisão preventiva de um extraditando que necessitava de tratamento excepcional de saúde que não poderia ser provido pelo Poder Executivo dentro da unidade prisional. Na Ext. 1.310, j. 06.08.2013, rel. Min. Ricardo Lewandowski, a prisão foi comutada em medidas cautelares alternativas, em razão do extraditando ter residência fixa no Brasil e estar acometido de diabetes, que se agravou com a prisão.

38. A necessidade de não deixar desassistidos filho menor e esposa doméstica foi considerada pelo STF para deferir a revogação da prisão preventiva, sob certas condições, quando do julgamento da QO na Extradição 1.254, j. 06.09.2011, rel. Min. Ayres Britto, muito embora reafirmada a vigência do Verbete Sumular 421 daquela Corte.

39. A diferenciação de tratamentos entre brasileiros e estrangeiros no tocante à necessidade de decretação da prisão preventiva no curso de ação penal em trâmite no Brasil foi objeto de acentuada crítica por parte da Suprema Corte, quando do julgamento do HC 94.404, j. 18.11.2008, rel. Min. Celso Mello, no qual foi entendido que o "súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do *habeas corpus*, em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e

Não apenas por este motivo, mas diante da irracionalidade legal, o Supremo Tribunal avançou no tratamento da prisão preventiva no processo de extradição para revelar sua natureza cautelar, de maneira a permitir melhor adequação da situação de extraditando, conforme o caso.

O reconhecimento da cautelaridade da prisão preventiva, por outro lado, não foi suficiente para superar de vez o entendimento de que a mesma é requisito de procedibilidade do processo, mas tão somente para impedir prisões que se prorrogariam em processos fadados ao insucesso ou que não estão regularmente formalizados, o que já é um avanço.

Ao julgar QO na Extradição 1.254, o STF deferiu a liberdade[40] ao extraditando, ressaltando que, não obstante o extraditando ser domiciliado no País há sete anos, não apresentar periculosidade social, ter ocupação lícita e família que dele dependa, o pedido indicava que o extraditando teria praticado delito de emissão de cheque sem fundos, que se encontra no limiar entre ilícito penal e ilícito civil.

Em caso no qual se afigurava *densa* a possibilidade de o extraditando obter a homologação de sua opção pela nacionalidade brasileira,[41] o STF concedeu prisão domiciliar. A mesma solução também foi dada no caso em que:

A mesma substituição também foi concedida quando o extraditando havia obtido a condição de refugiado pelo Conare, mas o pedido de extradição ainda estava pendente de julgamento.[42]

A análise casuística indica que a cautelaridade, em um primeiro momento, está associada a um juízo *in limine* de inviabilidade do pleito extradicional, apontando para uma interpretação do *fumus boni iuris* a contrário senso.

---

dão significado à cláusula do devido processo legal. Sua condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso País não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório, impondo-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.

40. Foram estabelecidas como condições a entrega do passaporte, não saída do Estado da Federação em que reside sem autorização do STF, comparecimento semanal no juízo da comarca em que reside para justificar suas atividades e atendimento a todo e qualquer chamado ou compromisso judicial.

41. AC 70/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 12.03.2004.

42. Extradição 1.008/Colômbia, j. 21.03.2007, rel. Min. Gilmar Mendes.

Todavia, há outro grupo de casos em que se revelou a natureza cautelar da prisão para extradição, com a finalidade de revogá-la ou mitigá-la. Trata-se da hipótese na qual o Estado requerente, instado a cumprir diligências (complementação de documentação) determinadas pelo Ministro relator, injustificadamente, retarda o seu atendimento.

O não atendimento pontual e pronto das diligências determinadas para adequada instrução do pedido de extradição causa inegável retardo ao seu julgamento, desarmonia com a ordem natural das coisas, extravasamento no tempo de custódia e da razoabilidade,[43] que somente pode ser atribuído ao Estado postulante.

Neste grupo de casos, a cautelaridade da medida está associada ao interesse de agir do Estado requerente, que não pode criar hipótese de prisão sem julgamento, sendo certo que o não atendimento das diligências inviabiliza a compreensão adequada do pedido e análise do atendimento dos requisitos. Em outras palavras, a demonstração de pouco interesse de agir induz à percepção a contrário senso da ausência do *periculum in mora*.

Terceira hipótese observada na jurisprudência do Supremo Tribunal se refere ao transcurso *in albis* do prazo legal para formalização do pedido de extradição, após cumprida a prisão.

Decidindo pedido formulado na prisão para Extradição 685, o Min. Ricardo Lewandowski deferiu a expedição de alvará de soltura do extraditando, proibindo-o de se ausentar do País.

Muito embora a previsão de cessação da prisão decorra do texto legal, a imposição de medida cautelar pessoal diversa à prisão, desprovida previsão no Estatuto do Estrangeiro, importa o reconhecimento da cautelaridade como o risco de fuga do extraditando, face a ciência da existência do pedido extradicional.

Há ainda uma quarta hipótese, que, por enquanto, se faz representada pelo precedente isolado da Extradição 1.036,[44] segundo a qual foi garantida a colocação em liberdade do extraditando, preso após a formulação do pedido de extradição, mediante a entrega do passaporte, a proibição de ausentar-se do Estado sem autorização do relator do processo de extradição, comparecimento semanal em juízo e compromisso de atender a todo e qualquer chamamento judicial.[45]

43. QO na Extradição 1.054, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 22.02.2008. No mesmo sentido, HC 91.657, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 14.03.2008.

44. Extradição 1.036, j. 30.11.2006, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

45. A terceira e quarta hipóteses estão relacionadas ao mesmo processo de extradição, mas representam situações processuais diversas. Após ter sido colocado em liberdade

Como fundamentos para decidir, o Ministro considerou que o STF vinha fazendo leitura constitucional do Estatuto do Estrangeiro e que, por este motivo, a prisão se submeteria aos princípios da necessidade, razoabilidade e proporcionalidade, devendo ser avaliada, caso a caso, a necessidade de sua imposição.

No caso concreto, o extraditando, ex-Primeiro Ministro das Ilhas Turks e Caicos havia requerido o reconhecimento de sua condição de refugiado ao Governo brasileiro, o que lhe fez apto a receber da Polícia Federal o protocolo de residência provisória que lhe permite permanecer no País e obter carteira de trabalho provisória. Esta situação, no entendimento daquele relator, afastava o risco de fuga ou retardamento processual, não tendo sido encontrado nos autos qualquer informação que identifique alguma possível periculosidade social na liberdade do requerido.

Entretanto, na medida em que o pedido de refúgio fora terminantemente indeferido, bem como diante de informações de que haveria risco de fuga de Michael Eugene Misick, foi reafirmada a natureza cautelar da prisão[46] para restabelecê-la.

A existência de hipóteses excepcionais à regra da prisão durante todo o processo indica pequena mudança de orientação da Corte Suprema, que ainda tem firme em sua jurisprudência a noção de prisão como pressuposto processual. Logo, para que a natureza da prisão possa ser considerada puramente cautelar, é necessário superar este posicionamento histórico por meio de duas premissas essenciais.

A primeira premissa diz respeito à inconstitucionalidade do tratamento discriminatório existente entre brasileiros e estrangeiros, pois a CF/1988, em seu art. 3.°, IV, prevê como objetivos da República promover o bem de todos, independentemente de sua origem, no art. 4.°, II, estabelece a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais estabelecidas pelo

---

pela não apresentação do pedido de extradição no prazo legal (terceira hipótese), o extraditando voltou a ser preso automaticamente quando da formulação do mesmo. Não obstante a prisão obrigatória, o STF garantiu o direito de aguardar o julgamento em liberdade (quarta hipótese), sendo certo que o extraditando voltou a ser preso diante de informações de o mesmo pretendia se evadir, tendo permanecido preso até o final do processo.

46. Ponderou o Ministro relator que o indeferimento do pedido de refúgio além de viabilizar o trâmite do processo de extradição, reforça os indícios de que haveria risco de evasão do território nacional, considerando as informações recebidas advindas de órgãos de segurança.

País, enquanto que no art. 5.º, *caput*, a Constituição veda qualquer tipo de discriminação entre brasileiros e estrangeiros, sendo assegurados a todos o direito à liberdade e à igualdade.

Das duas obrigações iniciais existentes no Pacto de São José,[47] a primeira determina que os Estados devem garantir direitos e liberdades reconhecidos a toda e qualquer pessoa que estiver sujeita à sua jurisdição sem discriminação alguma por motivo de origem nacional (art. 1.º, 1).

A segunda obrigação existente no Pacto impõe que os Estados adéquem suas legislações internas para que as mesmas se compatibilizem com os termos do tratado (art. 2.º). Neste sentido, o Min. Gilmar Mendes, ao votar no HC 91.657,[48] assinalou que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, bem como os direitos que o fazem ser reconhecido como um Estado de Direitos impõe a revisão do tratamento dado pela Corte à questão da duração permanente da prisão para fins de extradição.

Assim, ao votar pela concessão da ordem de *habeas corpus* para colocar o extraditando em liberdade até o julgamento do pedido, o Ministro ressaltou a necessidade de cautelas próprias para se evitar a fuga do extraditando,[49] sem que isso inviabilizasse uma adequação proporcional da restrição da liberdade.

Fundada na vedação ao tratamento discriminatório entre nacionais e estrangeiros o STF deu nova leitura constitucional ao Estatuto do Estrangeiro, especialmente, pois não se pode presumir que a mera circunstância da origem ou nacionalidade daquele que se submete a um processo de natureza penal no país é suficiente para determinar o risco de fuga.

Como consequência da igualdade de tratamento, há que se analisar se semelhante situação é enfrentada pelos nacionais e até pelos estrangeiros que cometam crime em território brasileiro, a partir da premissa da prisão como pressuposto processual, como é nos pedidos de extradição.

A segunda premissa é relativa à superação histórica pelo ordenamento jurídico brasileiro e pela jurisprudência da própria Corte Suprema da prisão enquanto pressuposto processual, especialmente no que se refere à obrigatoriedade de se recolher preso para apelar.

47. Ratificada pelo Dec. 678, de 06.11.1992

48. HC 91.657, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 14.03.2008.

49. Foram impostas como condicionantes à manutenção da liberdade a prévia autorização do Ministro relator para que o extraditando pudesse se ausentar da cidade em que residia, atender a todos os chamados judiciais e comparecer quinzenalmente ao juízo de primeira instância.

A obrigatoriedade de se recolher preso para o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, em especial para interpor recurso de apelação,[50] foi instituída no ordenamento processual brasileiro pela Lei 5.941, de 22.11.1973, que alterou os arts. 594[51] e 595[52] do CPP.[53]

Sob a vigência destes dispositivos, o recolhimento à prisão representava pressuposto objetivo tanto à propositura como ao conhecimento do recurso de apelação, ou seja, sem prisão este não poderia ser interposto[54] ou, se preso para interpor, empreendesse fuga, o recurso seria declarado deserto pelo tribunal.[55]

Assim, por muito tempo predominou o entendimento de que a prisão para recorrer não violaria o princípio da presunção de inocência,[56] pois o mesmo não impede seja decretada a prisão de qualquer pessoa, mas tão somente de impedir a execução da sentença.[57]

Mesmo com a promulgação da vigente Constituição Federal, esta posição persistiu sob o fundamento de que a própria Carta Magna impõe limitações ao direito de recorrer e que, também, prevê a prisão cautelar provisória, não consistindo a obrigatoriedade do recolhimento em afronta ao seu texto.[58]

---

50. Damásio, na edição de 1982, de seus comentários ao Código de Processo Penal indicava a prisão como regra para recorrer, sendo a liberdade, exceção, limitada às hipóteses previstas em na lei (DE JESUS, Damásio. *Código de Processo Penal anotado*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 348).
51. "Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto."
52. "Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação."
53. Gomes Neto, correlaciona a obrigação de se recolher preso para apelar, com a obrigação prevista no art. 585 do CPP, que previa a obrigatoriedade da prisão para que fosse possível a interposição de recurso contra a decisão de pronúncia (GOMES NETO, F. A. *Código de Processo Penal: Teoria e prática*. Brasília: Brasiliense, 1985. vol. 3, p. 160).
54. *JSTF-Lex* 198/338, STF, *habeas corpus*, rel. Sydney Sanches.
55. Reconhecendo a vigência do art. 595 do CPP, o STF reafirmou a deserção de recurso interposto por réu que fugiu, ao julgar o RHC 82.007, j. 18.06.2002, rel. Min. Ellen Gracie.
56. Súmula 9 do STJ previa que a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.
57. SILVA JR., José. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed., FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 1656.
58. Idem.

A custódia obrigatória como pressuposto objetivo do recurso de apelação foi sendo mitigado, ao menos quanto à sua natureza, embora ainda fosse majoritária a posição que sustentava a necessidade de estar preso, após a sentença condenatória recorrível.

Duas foram as posições que justificavam a necessidade da prisão para recorrer, mas não sob a natureza de pressuposto processual, quais sejam: a de que a prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível representava execução provisória da pena, que se colocava como título da custódia;[59] e a de que a prisão para recorrer guardaria os mesmos pressupostos de cautelaridade que a prisão no curso do processo, podendo ser mantida ou imposta diante da presunção de que o condenado poderia se evadir.[60]

Uma vez superada natureza de pressuposto processual mesmo pela corrente que defendia a manutenção da prisão, a evolução no trato da questão ficou restrita aos aspectos cautelares da prisão, ou seja, se presentes ou não estes pressupostos, e da possibilidade de subsistir execução provisória mesmo antes do trânsito em julgado. Assim, o próprio STJ editou a Súmula 347 da sua jurisprudência, segundo a qual o direito de recorrer e de ver o recurso conhecido independia da prisão.[61]

Por fim, reconhecendo definitivamente a natureza cautelar da prisão em qualquer fase do processo, o STF pacificou o entendimento de que, fora das hipóteses legais, não é possível haver prisão que possa representar antecipação da execução da sentença condenatória, por ofensa ao princípio da presunção de inocência.[62]

A obrigatoriedade de recolher-se preso ou de prestar fiança como pressuposto recursal deixou de ser imposição legal com a promulgação da Lei 11.719/2008, que revogou o art. 594 do CPP, mas não revogou o art. 595. Mesmo com a supressão legislativa apenas do art. 594, Damásio[63] defendia a revogação tácita da norma do art. 595, ante a existência de diversos precedentes judiciais no sentido de desvincular o direito de recorrer à prisão do condenado.

59. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. p. 628.

60. Neste sentido decidiu o STF no HC 81.392, j. 20.11.2001, rel. Min. Maurício Corrêa, e HC 81.323, j. 30.10.2001, rel. Min. Maurício Corrêa.

61. A Súmula 374 do STJ prevê que o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.

62. HC 84.078, j. 05.02.2009, rel. Min. Eros Grau.

63. DE JESUS, Damásio. *Código de Processo Penal anotado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 517.

O art. 595 do CPP somente deixou de existir no ordenamento processual penal vigente com a edição da Lei 12.403/2011, que superou, em termos legislativos, qualquer possibilidade de subsistir a prisão como pressuposto processual, no caso recursal, reafirmando a sua natureza eminentemente cautelar.

Esta breve digressão história no ordenamento processual penal brasileiro demonstra que a prisão no processo penal brasileiro era pressuposto processual assim como a prisão no processo de extradição o é, mas que foi superada pela própria Corte Suprema diante da releitura dos dispositivos processuais ante a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Em outras palavras, a ordem constitucional vigente auxiliou o expurgo do preconceito que a lei processual penal carregava em relação àquele que já tinha contra si um provimento jurisdicional desfavorável e que, por este motivo, presumidamente se evadiria da execução da sentença uma vez definitiva.

4. A PRISÃO PREVENTIVA NA EXTRADIÇÃO: A NECESSIDADE DE SUA RELEITURA

Ao votar no HC 91.657, em favor do jogador Freddy Rincón, o Min. Gilmar Mendes afirmou que o tema da prisão na extradição deveria ser revisitado pela Suprema Corte.

Desde aquele julgamento até os dias de hoje, outras decisões, ainda excepcionais, foram dadas concedendo direito ao extraditando de aguardar o julgamento do pedido em liberdade total ou com algumas restrições.

A maior dificuldade em se evoluir definitivamente o tratamento dispensado à prisão para extradição decorre da não superação da natureza de pressuposto processual dado pelo Estatuto do Estrangeiro e pelo Regimento Interno do STF, muito embora tenha se demonstrado que tal tipo de prisão não mais subsiste no ordenamento pátrio por absoluta incompatibilidade em um primeiro momento e por alteração legislativa em um segundo.

Ao se rediscutir o tema da prisão para extradição há que se investigar se existe diferença para a constrição da liberdade no caso do pedido de cooperação ser instrutório ou executório. Isto porque nos pedidos instrutórios não se há culpa formada, ao contrário do executório, em que já existe um título judicial definitivo.

Admitir a prisão no Brasil como decorrência da existência de um mandado de prisão expedido pela autoridade estrangeira competente, ainda que novo mandado seja expedido pela autoridade brasileira competente, é burlar a ju-

PUGLIESE, Yuri Sahione. O STF e a prisão no processo extradicional brasileiro: uma releitura contemporânea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 167-192. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

risprudência história da Corte Suprema no que concerne a executoriedade de mandados de prisão por meio de cooperação internacional.[64]

Determinar a prisão de forma automática, sem que haja uma decisão fundamentada por parte da autoridade judiciária brasileira, é, em outras palavras, dar cumprimento a um mandado de prisão proferido no estrangeiro. Portanto, a existência de mandado de prisão expedido em pedidos instrutórios, por si só, não pode repercutir automaticamente para gerar igual medida no Brasil.

No caso do pedido executório, o mandado de prisão é expedido para que seja dado início ao cumprimento da sentença definitiva. Entretanto, esta circunstância tampouco pode ser utilizada como fundamento para automática expedição de mandado de prisão, pois há muito o STF vem decidindo que não cabe homologação de sentença estrangeira para fins de execução de pena privativa de liberdade.[65]

O mandado de prisão estrangeiro é requisito obrigatório para a formalização do pedido de extradição de qualquer natureza, uma vez que ninguém pode ser transferido contra sua vontade de um país para outro, sem que haja, ao menos, uma determinação legítima e legal emanada de uma autoridade.

O Estado requerente (Poder Executivo) não está legitimado a pedir que qualquer pessoa seja transferida para seu território sem uma ordem judicial, devidamente fundamentada em fatos e documentos. Logo, a simples constatação da apresentação do mandado de prisão nada mais é do que a justa causa para se admitir (juízo de admissibilidade) o pedido de extradição, pouco importando as demais questões relacionadas aos requisitos legais.[66]

Em sendo a expressão de uma decisão judicial fundamentada em fatos e na lei do país requerente o mandado de prisão estrangeiro, quando muito poderá ser utilizado como suporte fático-probatório da verossimilhança exigível para a decretação das medidas cautelares. Assim, não pode sob pena de ofensa ao

64. O STF, ao julgar as Cartas Rogatórias 9.191, *DJ* 28.06.2000, p. 5 e 11.353, *DJ* 13.10.2004, p. 2, afirmou a ofensa à soberania brasileira e, portanto, a impossibilidade de se conceder *exequatur* à cartas rogatórias com a finalidade de fazer cumprir mandados de prisão proferidos por autoridades estrangeiras.

65. O STF, ao julgar a SE 5.705, em 17.03.1998, não homologou sentença penal estrangeira que continha pedido de prisão "Sentença penal estrangeira. Decretação da prisão de pessoa domiciliada no Brasil. Impossibilidade de homologação pelo STF, sob pena de ofensa à soberania nacional".

66. Todos os tratados de extradição firmados pelo Brasil há a exigência da apresentação do mandado de prisão como parte da documentação que instrui o pedido.

art. 93, IX, da CF/1988, suplantar a obrigatoriedade da fundamentação quanto à necessidade da prisão neste país pela autoridade brasileira.

Ademais, a exemplo dos tratados celebrados com a Itália[67] e do Acordo de Extradição do Mercosul,[68] são claras as referências a poder decretar a prisão e ao Estado requerente poder requerer a prisão, não havendo dispensa da apresentação do mandado de prisão, nem tampouco impondo a obrigatoriedade de atendimento do pedido por parte do país requerido.

Ultrapassada a questão relativa à natureza do pedido extradicional, há que se analisar duas disposições comuns a vários tratados de extradição que indicam a existência de duas hipóteses legais de prisão no curso do processo.

A primeira hipótese é aquela em que o Estado requerente solicita seja decretada a prisão preventiva para assegurar o procedimento de extradição da pessoa reclamada, não havendo qualquer obrigatoriedade da determinação da constrição da liberdade.

Esta modalidade de prisão tem início antes da formalização do pedido de extradição que deverá ser apresentado dentro do prazo assinalado em cada tratado, que pode variar, em geral, de 40 a 60 dias.

Alguns tratados como o tratado modelo da ONU (art. 9, 1), o celebrado com a Romênia (art. 6,1)[69] e o celebrado com a República Dominicana (art. 19,1),[70] indicam que a prisão neste caso poderá ser decretada em caso de urgência. Reservar a possibilidade de prisão no curso do processo para casos urgentes se contrapõe a qualquer afirmação de obrigatoriedade de constrição da liberdade e, ao mesmo tempo, reafirma a ideia de cautelaridade que está intrínseca ao conceito de urgência.

Em outras palavras, não é porque o extraditando está em solo brasileiro e que existe um processo em curso ou sentença a ser executada proferida no estrangeiro que, imediatamente, faz emergir referida urgência.

A análise dos grupos de casos nos quais houve, de alguma forma, exceção à prisão preventiva demonstrou que os estrangeiros beneficiados tinham vínculos com o Brasil, quer por residirem a alguns anos, quer por terem vínculos familiares, quer pela perseguição da condição de refugiado que permite a obtenção de carteira de trabalho provisória.

67. Ratificado pelo Dec. 863, de 09.07.1993.

68. Ratificado pelo Dec. 4.975, de 30.01.2004.

69. Ratificado pelo Dec. 6.512, de 21.07.2008.

70. Ratificado pelo Dec. 6.738, de 12.01.2009.

Logo, sob pena de se frustrar a obrigatória individualização das medidas de caráter penal, observar as raízes que o estrangeiro tem com o país deveria ser critério objetivo a ser considerado em eventual decretação da prisão ou na análise de um pedido de liberdade.

Como verdadeira exceção e não como circunstância intrínseca ao pedido, a urgência pode ser identificada sempre que houver indícios de que o extraditando está de passagem no território brasileiro, quando houver conhecimento de que o extraditando não se estabelece nos Estados em que transita, em razão da sua condição de foragido ou mesmo quando se tiver conhecimento que o extraditando mudou de identidade.

O próprio manual sobre o tratado modelo de extradição da ONU,[71] ao esclarecer o alcance da palavra urgência contida no art. 9, 1, exemplifica com a hipótese do Estado requerente acreditar que a pessoa perseguida está na iminência de fugir do território do Estado requerido e que, por este motivo, não haveria tempo suficiente para formalizar o pedido de extradição.

Portanto, em relação à primeira hipótese de prisão processual, os textos internacionais ratificados pelo Brasil não referendam a postura legislativa do Estatuto do Estrangeiro e do Regimento Interno do STF de impor prisão automática e permanente, enquanto durar o processo.

Entender desta forma tem como consequência prática o afastamento das disposições do Estatuto do Estrangeiro e do RISTF sempre que os tratados de extradição entabulados entre o Brasil e o Estado requerente dispuserem de maneira diversa, por serem normas de mesma hierarquia, mas especiais em relação a estas.

A segunda hipótese de prisão no processo de extradição está relacionada à possibilidade de nova constrição após a colocação do extraditando em liberdade, por desídia do Estado requerente.

Efetuada a prisão referida na primeira hipótese, sem a formalização do pedido de extradição no prazo assinalado em cada tratado, o extraditando deve ser posto em liberdade, pois não se pode admitir prisão sem processo. Neste sentido, foram identificadas decisões do STF colocando o extraditando em liberdade ou ainda impondo medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

Contudo, há que se ter atenção quando da efetiva formalização do pedido de extradição e o risco de se ter nova prisão decretada em caráter automático tão somente porque o desidioso Estado requerente resolveu agir.

71. Op. cit., p. 38.

PUGLIESE, Yuri Sahione. O STF e a prisão no processo extradicional brasileiro: uma releitura contemporânea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 167-192. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Esta segunda hipótese parece ser a mais grave quanto à violação da obrigação de individualização das medidas penais, pois o extraditando ficou acautelado por certo tempo, sem que nenhum processo contra sua pessoa fosse instaurado, e não se evadiu ou causou embaraços ao pedido de extradição.

Na medida em que o extraditando permaneceu à disposição das autoridades brasileiras mesmo sabendo da alta probabilidade de formalização do pedido de extradição, uma vez que já havia aguardado preso a propositura do pedido, salvo a apresentação de novos motivos pelo Estado requerente, não há fundamento algum para restabelecer a prisão.

Decidir pela nova decretação automática da prisão é desmerecer o direito à liberdade do indivíduo estrangeiro e premiar a burocracia e incompetência do Estado requerente.

Por outro lado, defender uma nova disciplina para a prisão no processo de extradição não significa abraçar o Código de Processo Penal em sua integralidade. É certo como bem decidido pela Corte Suprema que o Código de Processo Penal não disciplina a extradição, que tem peculiaridades próprias.

No entanto, compartilhar o conceito de cautelaridade da prisão e de gradação da constrição à liberdade parece ser a desejada contribuição que a lei de procedimentos penais dá à disciplina da extradição.

Portanto, a prisão preventiva, agora na correta acepção, deverá ser entendida como a medida cautelar pessoal mais grave que possa ser imposta a um extraditando, mas não exclusiva e que somente poderá ser decretada se preenchidos os requisitos do art. 282 do CPP.

5. CONCLUSÃO

Ainda que, historicamente, a prisão automática durante todo o curso do processo tenha sido entendida como regra pela Corte Suprema, este artigo demonstrou que tal posicionamento não mais encontra correspondência no ordenamento jurídico contemporâneo.

A noção de prisão como pressuposto processual adotada pelo Estatuto do Estrangeiro, pelo Regimento Interno do STF e referendada pelas decisões da Corte há muito foi superada pela própria Corte em relação aos processos criminais no Brasil.

Por este motivo, o procedimento extradicional deve passar pela mesma evolução que o processo penal brasileiro passou, mantendo a obrigatória isonomia no tratamento dos nacionais e estrangeiros, residentes ou viajantes.

PUGUESE, Yuri Sahione. O STF e a prisão no processo extradicional brasileiro: uma releitura contemporânea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 167-192. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Assim, buscar a noção de cautelaridade para a prisão para fins de extradição é, também, ir ao encontro do princípio da individualização das medidas penais, respeitar os ditames da razoabilidade e da proporcionalidade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. New York: Transnational Publishers, 2003.

CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do Estrangeiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.

DE JESUS, Damásio. *Código de Processo Penal anotado*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Código de Processo Penal anotado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES NETO, F. A. *Código de Processo Penal: Teoria e prática*. Brasília: Brasiliense, 1985. vol. 3.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. vol. II.

FRAGA, Mirtô. *O novo Estatuto do Estrangeiro comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

RUSSOMANO, Gilda. A extradição no direito internacional e no direito brasileiro. In: _____. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: José Konfino Ed., 1973.

SILVA JR., José. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed., FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). São Paulo: Ed. RT, 2004.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters. Viena: United Nations Publications, 2002. Disponível em: [www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf]. Acesso em: 08.11.2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro, de Valerio de Oliveira Mazzuoli – *RT* 906/159-178, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 6/1307-1324, *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 4/823-839 (DTR\2011\1318);
- Assistência transdisciplinar aos presos estrangeiros: uma abordagem prática com base na experiência da Defensoria Pública da União em São Paulo, de Ana Luisa Zago de Moraes – *RBCCrim* 101/429 (DTR\2013\2662);
- Direitos fundamentais do nascituro e a extradição, de Henderson Fiirst – *RT* 928/485-499 (DTR\2013\443); e
- Prisão do extraditando no ordenamento jurídico brasileiro: novas perspectivas, de Victor Roberto Corrêa de Souza – *RDCI* 83/335-352 (DTR\2013\3055).

PUGLIESE, Yuri Sahione. O STF e a prisão no processo extradicional brasileiro: uma releitura contemporânea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 167-192. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

82995

TERRORISMO: UMA APROXIMAÇÃO CONCEITUAL

TERRORISM: A CONCEPTUAL APPROXIMATION

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

Realizou estudos de pós-doutorado na Universidad Autónoma de Madrid sob a direção do Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá. Doutor em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid. *Doutor honoris* causa pela Universidade Autónoma de Tlaxcala – México. *Doutor honoris* causa pelo Centro Universitário del Valle de Teotihuacan – México. Professor de Direito Penal nos Cursos de graduação e pós-graduação da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Advogado Criminalista. Pesquisador do CNPq (Edital Universal). O presente artigo tem o apoio do CNPq.
callegari@callegariadvogados.com.br

RAUL MARQUES LINHARES

Mestrando em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Bolsista Capes-Proex. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Escola de Direito da Unisinos. Advogado criminalista.
raul@marcanteritter.com.br

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Na sociedade atual, caracterizada pela convivência com riscos de diversas naturezas e com a incerteza, a sensação de medo está presente todos os dias. Nesta realidade, se observa uma tendência à expansão do direito penal. Como fenômeno social de efeitos consideravelmente grandes e generalizados, o terrorismo se eleva, atualmente, a um lugar central nesta "guerra" contra o crime. Contudo, devido à falta de consenso sobre o que se deva entender como "terrorismo", há uma incorreta manipulação desse termo. Portanto, é evidente a necessidade de uma maior compreensão do terrorismo, capaz de proporcionar segurança na sua definição. Assim, o objetivo deste artigo é discutir as linhas basilares para um conceito do terrorismo, para proporcionar maior precisão e segurança na identificação desse fenômeno.

ABSTRACT: In today's society, marked by coping with risks of several natures and uncertainty, the feeling of fear is present daily. In this reality, we see a tendency to expand the criminal law. As a social phenomenon of considerably large and widespread effects, the terrorism currently takes center stage in this "war" against crime. However, due to the lack of consensus regarding what one should understand how terrorism, there is a wrong handling of that term. Therefore, is a clear need for greater understanding of terrorism, capable of providing security in its definition. Therefore, the purpose is discuss baselines for a concept of terrorism, to give greater accuracy and safety in the identification of this phenomenon.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. Terrorismo: uma aproximação conceitual . *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 195-219. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Terrorismo. Conceituação. Direito penal. Expansão do direito penal.

KEYWORDS: Terrorism. Conceptualization. Criminal law. Expansion of criminal law.

SUMÁRIO: 1. Introdução: a sociedade atual e o conceito de terrorismo – 2. Uma tentativa de caracterização do terrorismo: 2.1 Discurso do terror: 2.1.1 A aleatoriedade do terrorismo; 2.1.2 Instrumentalização das vítimas; 2.1.3 A possibilidade de reiteração dos atos; 2.2 A qualidade organizacional; 2.3 A finalidade política; 2.4 O bem jurídico tutelado: 2.4.1 Delitos-meios de gravidade; 2.5 Distinção de terrorismo e guerra; 2.6 Terrorismo e manifestações sociais – 3. Conclusão – Referências.

1. INTRODUÇÃO: A SOCIEDADE ATUAL E O CONCEITO DE TERRORISMO

Conquanto já acompanhasse a humanidade no decorrer da história, na sociedade atual, o terrorismo foi alçado ao centro das atenções. Tanto é que, quando da abordagem a respeito da denominada "síndrome do Titanic",[1] Zygmunt Bauman reserva posição privilegiada para o novo "iceberg terrorista".[2] Em uma sociedade imersa na convivência diária com perigos de todas as espécies, vivenciamos um constante estado de alerta em decorrência de ameaças que surgem de todas as partes e o terrorismo aparece como a mais nova forma de disseminação do medo: uma ameaça nova, invisível, incompreendida e, à primeira vista, incontrolável.

Devido à fluidez do fenômeno terrorista, capaz de adotar diversas formas de aparição (um dos motivos pelos quais inexiste um conceito universal), muitos atos sociais, das mais diversas naturezas, são classificados de maneira precoce como sendo terroristas e, em uma sociedade tomada pelo medo, esses atos cunhados de terroristas são amplamente acolhidos como tal. Nesse processo, nasce um grave problema de utilização (muitas vezes equivocada) do termo "terrorismo".

Há que se ter imenso cuidado, contudo, na qualificação de atos criminosos como sendo de terrorismo, em decorrência dos efeitos gerados por essa de-

1. Para uma compreensão da Síndrome do Titanic: "Todos nós imaginamos que existe um *iceberg* esperando por nós, oculto em algum lugar no fundo nebuloso, com o qual nos chocaremos para afundar ouvindo música (...)" (ATTALI, Jacques, 1998 apud BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 21).
2. BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 21.

nominação, verificáveis no modo de tratamento legal conferido ao agente (de maior gravidade do que em se tratando de um crime comum) e de seu enquadramento em nível social.[3]

Esse cuidado se deve ao fato de inexistir, atualmente, um consenso em relação ao conceito de terrorismo, sendo fácil verificar, em seu estudo, a utilização doutrinária, legislativa e judicial de critérios classificatórios diversos. Como fenômeno de alta complexidade que é, a definição precisa do terrorismo se torna uma tarefa árdua, muito em razão da dificuldade de se compreender suas causas, motivações, objetivos, estruturações etc.

Sob uma perspectiva sociológica, analisando a lógica do terrorismo (ou uma delas), Zygmunt Bauman aponta para uma realidade produzida especialmente pela luta de poder, de dominação, onde o "nós" reflete um grupo subjugado e o "eles" um grupo explorador dominante em razão de seu poderio militar (especialmente como alusão à política norte-americana exercida sobre o Oriente Médio): "(...) se apenas nós tivermos o controle total dos combustíveis que alimentam os motores deles, a engrenagem vai ter de parar. Eles precisarão comer em nossas mãos e fazer o jogo de acordo com as regras que nós estabelecermos. A estratégia, contudo, diferentemente do cálculo de possibilidades, não é simples nem auto-evidente. Embora nós tenhamos meios suficientes para comprar mais e mais armas, todo o dinheiro de propina que financia sua compra não será o bastante para que nos equiparemos ao poder militar deles. A alternativa, ainda que seja apenas a segunda melhor opção, é empregar outra arma que nós possuímos tanto quanto eles, se não mais: nosso potencial de causar prejuízo, o poder de tornar a luta pelo poder algo custoso demais para se continuar, algo que não vale a pena ou cuja continuidade é claramente impossível. Considerando-se a gritante vulnerabilidade de seus territórios, seus tipos de sociedades, a capacidade destrutiva de nosso poder de causar prejuízo pode muito bem transcender o potencial reconhecidamente formidável de suas armas de destruição em massa. Afinal, precisa-se de muito menos homens, material e trabalho para paralisar uma cidade como Nova York ou Londres do que para descobrir o esconderijo de um único comandante terrorista em sua caverna nas montanhas ou expulsar seus subalternos de sótãos e porões em favelas urbanas (...)".[4]

3. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 52.

4. BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 158.

Nesse contexto, o terrorismo se apresenta como uma arma de resistência do grupo mais frágil. Ao considerar uma dada situação injusta, mas sendo incapaz de oferecer resistência direta a um grupo dominador, a arma terrorista é utilizada como forma de disseminação de pânico, de prejuízos, de vulnerabilidade, como forma de se compelir o grupo mais forte a recuar em sua política de dominação.

Ademais, assim como toda realidade social, o terrorismo não apresenta uma forma definitiva e imutável. Ao contrário, a história demonstra o seu caráter transmutável e, acompanhando as mudanças globais, novas formas de terrorismo são concebidas. Nesse sentido é o dizer de Ignácio Nunes Fernandes, ao referir que "(...) el hecho 'terrorismo' del siglo XX tiene una característica bien distinta del terrorismo del siglo XXI. (...) Un hecho es la repercusión mundial de estos actos, el terrorismo conocido como tradicional se manifestaba de forma más modesta, consecuentemente con proporciones más reducidas buscando su objetivo. Lo que tenemos hoy es un número de muertos civiles de forma brutal, el anterior normalmente se manifestaba contra el gobierno, de forma directa o indirecta, pero el objetivo era atingir alguien del poder, aunque algún civil sea muerto por tal hecho. Hoy el objetivo es manifestarse contra el gobierno pero las víctimas son solamente civiles".[5]

Fernando Reinares aponta como exemplo visível dessa nova forma de terrorismo os ataques ocorridos em Nova York, em 11.09.2011, quando se evidenciou uma forma de terrorismo de escala global, de alcance extremamente amplo, acarretando efeitos psíquicos em pessoas de todo o mundo.[6]

Diante dessa dificuldade (e, talvez, impossibilidade) de alcance de um conceito universal seguro de terrorismo, muitos autores, a exemplo de Mário Capita Remezal[7] e Manuel Cancio Meliá,[8] acabam, por vezes, direcionando o estudo do tema à análise de um conceito eminentemente jurídico-penal do terrorismo, não desconhecendo, contudo, a natureza mais ampla do fenômeno.

---

5. NUNES FERNANDES, Ignácio. *El paradigma del terrorismo entre derecho interno e internacional: los delitos de terrorismo entre derecho interno y derecho internacional en los arbores del siglo XXI*. Pelotas: Editorial Académica Española, 2012. p. 3-4.
6. REINARES, Fernando. Los atentados contra EE UU t el terrorismo internacional. *Claves de Razón Práctica* 116/4, Madrid, out. 2001.
7. CAPITA REMEZAL, Mario. *Análisis de la legislación penal antiterrorista*. Madrid: Editorial Colex, 2008.
8. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010.

Nesse sentido, refere o segundo autor que o ponto de partida de qualquer análise do conceito de terrorismo reside em não se confundir sua definição jurídico-positiva de qualquer outra que lhe possa ser atribuída, em pontos de vista distintos de uma análise estritamente dogmática.[9]

Nessa tentativa de conceituação jurídica do terrorismo, parte da doutrina dirige-se ao isolamento dos principais elementos que integram o terrorismo. Procede-se, assim, a uma bipartição das características componentes do terrorismo: de um lado, um elemento estrutural e, de outro, um teleológico. Pelo primeiro, destaca-se a forma de configuração e atuação do terrorismo e, pelo segundo, os objetivos visados por quem pratica o ato.[10]

Nesse sentido é a lição de Arroyo Zapatero, para quem "(...) puede ensayar -se una definición jurídica del problema 'terrorismo' conjugando dos elementos. De una parte, los medios empleados y los resultados producidos por los autores de las prácticas terroristas y, de otra, la finalidad que se persigue".[11]

Considerando a legislação espanhola acerca da definição típica de terrorismo e utilizando-se dos critérios estrutural e teleológico, Mariona Llobet Anglí aduz que "(...) con el término terrorismo deben denominarse, en mi opinión, aquellas conductas delictivas violentas, reiteradas e indiscriminadas; dirigidas contra bienes jurídicos personalísimos; capaces de instrumentalizar a las personas para conseguir fines políticos; y realizadas bien por bandas, organizaciones o grupos armados, bien por sujetos individuales".[12]

A partir desse método conceitual, deve-se compreender, como feito no conceito acima, os elementos necessários à configuração do terrorismo, para que seja possível sua identificação nos casos colocados à análise e diferenciação com as demais figuras delitivas.

A respeito dessa última necessidade, salienta-se que o terrorismo possui uma identidade inicial com os crimes comuns. Isto é, ele se utiliza, em regra, do cometimento de atos já tipificado na lei penal. A sua distinção dos crimes comuns se apresenta em um momento posterior, referente ao seu impacto social, que o

9. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010. p. 136.

10. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010. p. 82.

11. ARROYO ZAPATERO, L., 1985 apud CAPITA REMEZAL, Mario. *Análisis de la legislación penal antiterrorista*. Madrid: Editorial Colex, 2008. p. 25.

12. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 66.

torna mais grave do que o crime utilizado como meio. Essa circunstancia mais grave é representada pela disseminação do sentimento de terror na população. Com isso, conquanto haja uma situação de violência inicial já configuradora, em regra, de um delito, tal situação irá adquirir o caráter de terrorista quando for manifestado pelo agente a necessidade de se outorgar ao ato uma maior publicidade para o alcance de seus objetivos,[13] externando-se essa publicidade pela disseminação do sentimento de terror, próprio desse fenômeno.

Resta saber se todos os atos criminosos que dispersam o terror na sociedade (como, por exemplo, grupos mafiosos, associações racistas ou homofóbicas, milícias etc.) deverão ser considerados como atos terroristas.[14] Para isso, analisar-se-ão alguns elementos básicos referidos pela doutrina na tentativa de conceituação do terrorismo, objetivando-se traçar um caminho seguro para a qualificação de fenômenos sociais como sendo, ou não, de terrorismo.

2. UMA TENTATIVA DE CARACTERIZAÇÃO DO TERRORISMO

2.1 Discurso do terror

Apesar de não haver consenso a respeito de um conceito universal de terrorismo, parece haver concordância quanto à necessidade de um fator específico para a sua constituição, derivado de seu próprio nome: a utilização do discurso do terror. O próprio termo terrorismo, em sua acepção comum, significa "(...) um estado psíquico de grande medo ou pavor".[15]

Quando Pablo César Revilla Montoya indica o "(...) objetivo de crear una atmósfera de terror (...)"[16] como o elemento principal de identidade do terrorismo, trata-se daquele objetivo para o qual se dirige o ato, necessário para o alcance de um outro objetivo maior (majoritariamente referido como um objetivo político). Pode-se dizer, assim, que o terrorismo tem por objetivo imediato a difusão do sentimento de terror, que seria, propriamente, um meio capaz de levá-lo ao seu objetivo último ou mediato.

13. WAINBERG, Jacques A. *Mídia e terror: comunicação e violência política*. São Paulo: Paulus, 2005. p. 15.

14. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 56.

15. WILKINSON, Paul. *Terrorismo político*. Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1976. p. 13.

16. REVILLA MONTOYA, Pablo César. El terrorismo global. Inicio, desafios y médios político-jurídicos de enfrentamiento. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 5/406, México, 2005.

Esse mesmo entendimento é partilhado por Manuel Becerra Ramírez, que enxerga no objetivo de criar uma atmosfera de terror o elemento que identifica o terrorismo, entre tantos outros elementos que não alcançam o consenso doutrinário.[17]

Considerando-se, pois, o terrorismo como ato destinado à criação de um sentimento social de terror, pode-se perceber que a essência de seu discurso se manifesta como uma experiência subjetiva,[18] destinada, sobretudo, a efeitos psíquicos[19] – característica própria da manipulação de sentimentos. Em razão disso, se faz necessário compreender o terrorismo como estratégia de comunicação;[20] ou seja, o cerne do ato terrorista se verifica não no dano material facilmente verificável e difundido de forma instantânea em nossa sociedade, mas na mensagem que acompanha o ato e que se difunde com a divulgação dos danos. O terrorismo se manifestará, portanto, não tanto em uma ameaça ou dano real, mas pela representação de um possível dano.[21]

Evidencia-se, pelo que foi exposto, uma relação de quase cumplicidade entre a mídia e o terrorismo. Por ser a estratégia do grupo mais débil, de efeitos predominantemente psicológicos, a natureza comunicacional do terrorismo depende da disposição dos meios de comunicação para o alcance de seu status e de seus objetivos. Nas palavras de Jacques A. Wainberg, "(...) esse fenômeno social e político do terror não ocorreria se não fosse também, e em essência, um fenômeno comunicacional".[22] Não fosse, portanto, o solo fértil à disposi-

17. BECERRA RAMÍREZ, Manuel. El 11 de septiembre y el derecho internacional. In: VALDÉS UGALDE, José Luis; VALADÉS, Diego (org.). *Globalidad y conflicto: Estados Unidos y la crisis de septiembre*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. p. 259.

18. WILKINSON, Paul. *Terrorismo político*. Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1976. p. 13.

19. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010. p. 68.

20. CANCIO MELIÁ, Manuel. Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación. In: DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Derecho y justicia penal en siglo XXI:* liber amicorum *en homenaje al Prof. Antonio González-Cuéllar García*. Madrid: Editorial Colex, 2006. cap. 3, p. 492.

21. A diferenciação entre o dano e sua mera representação, essencial para o estudo do terrorismo, já era abordada em Aristóteles, como se vê: "Definamos o medo como uma forma de padecimento ou perturbação gerada pela representação de um mal vindouro de caráter destrutivo ou penoso" (ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011. p. 137).

22. WAINBERG, Jacques A. *Mídia e terror: comunicação e violência política*. São Paulo: Paulus, 2005. p. 63.

ção do terrorismo em nossa sociedade, caracterizada pela instantaneidade de informações, esse fenômeno perderia a característica que o faz ser o que é.

Constata-se, pois, que o terrorismo possui como ponto crucial de distinção o uso do discurso do terror. Com isso, necessária será a verificação desse elemento para a sua configuração prática. Não basta a presença de todos os demais elementos constitutivos do terrorismo se ausente este que pode ser considerado seu núcleo principal.

Assim, a título ilustrativo, não se poderá falar em terrorismo se ocorrer uma determinada atividade, com a instrumentalização de determinadas vítimas (requisito analisado em ponto específico) e o objetivo de, por exemplo, compelir o Estado a tomar certa decisão política, se não for essa atividade dotada de relevância social a ponto de ser capaz de produzir uma atmosfera de terror social. No exemplo, poder-se-ia pensar em uma ameaça dirigida diretamente a membros do Governo ou a familiares seus, com violência excessiva, contudo, sem que a ameaça recaísse sobre um grupo social e, em decorrência disso, fazendo-se inexistente a característica aleatoriedade (abordada em tópico próprio) da ameaça terrorista, necessária para a disseminação do sentimento de terror generalizado. Poderia restar, nesse caso, a possibilidade de punição a título de homicídio e ameaça, mas, por restar ausente a instrumentalização do sentimento de terror geral, não se poderia falar em terrorismo.[23]

Alguns desdobramentos ocorrem desse elemento comunicacional do terrorismo, representados pela indiscriminação de seus efeitos, pela instrumentalização das vítimas diretas e pela necessidade (ou possibilidade) de reiteração de atos.

2.1.1 A aleatoriedade do terrorismo

Para que o discurso do terrorismo atinja a proporção devida, capaz de conduzi-lo ao sucesso pretendido, é necessário que os seus efeitos não sejam limitados às vítimas diretas de seus danos (v.g., aqueles afetados diretamente pela detonação de um artefato explosivo). O terrorismo somente atinge a disseminação do sentimento de pânico social se seus efeitos se estenderem para além das pessoas efetivamente atacadas. Consequentemente, pode-se concluir ser da essência do terrorismo um caráter aleatório da identificação de suas vítimas.[24]

23. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 74-75.

24. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010. p. 71.

Dessa forma, o terrorismo é composto por um elemento de indiscriminação em relação a suas vítimas.

Atente-se para o fato de que a indiscriminação em grande escala e a ampla tendência à letalidade são marcas do formato de terrorismo internacional predominante nos dias atuais.[25]

Realizando uma distinção entre o terrorismo e o crime de ameaça, Mariona Llobet Anglí refere que a mensagem constante na ameaça é "vou tocar em você, sujeito determinado, se não cumprir determinada imposição". Ao contrário, a mensagem própria do terrorismo é "posso tocar em você, sujeito indeterminado, em uma próxima vez".[26] Ou seja, a vítima da mensagem terrorista não é definida, direcionando-se de forma indiscriminada à sociedade.

Salienta-se que, com a indiscriminação, não se quer dizer que o terrorismo não possa ter, em um primeiro momento, uma vítima determinada, individualizada.[27] Mesmo que assim o seja e o ato se dirija a uma pessoa em especial ou a um grupo previamente identificado, deverá haver tantas outras pessoas a adotarem o papel de vítimas indiretas, vítimas da mensagem de terror, sendo essas últimas indeterminadas.

2.1.2 Instrumentalização das vítimas

Como decorrência do caráter comunicacional do terrorismo, as vítimas do ato de violência direta a bens individuais (à vida, à integridade física etc.), fruto da atuação do grupo criminoso, são tomadas como meros instrumentos necessários para o alcance da disseminação do terror. Ou seja, o ataque terrorista atinge um grupo de pessoas objetivando que todos os demais sejam atingidos pelo efeito psicológico do ato, procedimento que se utiliza do primeiro grupo como instrumento á consecução do resultado final.

As pessoas atingidas de forma direta pelo ataque terrorista adotam menos o papel de vítimas e mais o papel de instrumento (por isso se poder dizer que o terrorismo instrumentaliza suas vítimas), com a função de portadores da mensagem terrorista.[28]

25. REINARES, Fernando. Los atentados contra EE UU t el terrorismo internacional. *Claves de Razón Práctica* 116/4, Madrid, out. 2001.

26. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 82.

27. WILKINSON, Paul. *Terrorismo político*. Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1976. p. 17.

28. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 68.

Essa instrumentalização das vítimas ocorrerá em dois estágios. Na instrumentalização em primeiro grau, tem-se a utilização das vítimas do ataque terrorista como meio necessário para a disseminação do sentimento de terror em um grupo mais amplo de pessoas. Em um segundo momento, criada a atmosfera de terror, todas as pessoas (vítimas diretas e indiretas) são manuseadas como instrumento para que a mensagem terrorista alcance o Estado e, dessa maneira, o terrorismo possa atingir sua finalidade política (como será posteriormente referido).

Portanto, para alcançar seus objetivos, o terrorista deve compreender, em suas vítimas, o mero papel de caminho ao alcance do Estado. Necessário, portanto, que o terrorismo "desumanize" suas vítimas diretas, que as despersonalize.[29]

2.1.3 A possibilidade de reiteração de atos

Refere-se, ainda, como elemento caracterizador do terrorismo a possibilidade de reiteração dos atos.[30] Essa característica pode ser considerada como decorrência necessária do sucesso do ato terrorista na disseminação do terror. Justamente o que torna o medo do terrorismo de tamanha grandeza é a perspectiva de que aquele ato específico e já consumado tenderá a se repetir e que, devido à indiscriminação dos seus efeitos, poderá atingir qualquer pessoa, a qualquer momento.

Assim, entende-se que, se inexistente a possibilidade ou probabilidade de reiteração do ato terrorista, será ele incapaz de provocar a contento uma atmosfera de terror, podendo produzir nada mais do que um sentimento de comoção ou revolta generalizada pelo ato já cometido e de efeitos cessados.

Mesmo que apenas se tenha cometido um ato, isso não impede a sua classificação como terrorista. Não resta prejudicada a necessidade de reiteração de atos nesse caso, pois o sentimento de pânico gerado pelo terrorismo não depende da pluralidade de atos concretos, mas de um prognóstico de repetição do ato, objetivamente constatável.[31] A própria perspectiva verificável de repeti-

29. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010. p. 66.

30. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 67.

31. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 71.

ção, mesmo que não se torne concreta, já se apresenta como meio idôneo para o alcance dos objetivos a que se propõe o terrorismo.

Nessa linha, segue o dizer se Jesús-María Silva Sánchez, para quem o terrorismo constitui "(...) uma renovada vivência do mal que atemoriza e angustia".[32]

Por conseguinte, a mensagem do terrorismo não se esgota em um ato isolado; ela estende seus efeitos ao futuro e se faz permanente no tempo, encontrando facilidade de ampliação em uma sociedade tomada por incertezas e pelo medo do imprevisível como é a nossa. Assim se constata pelo ensinamento de Mariona Llobet Anglí, para quem "(...) la sensación de seguridad, esto es, la seguridad subjetiva, se ve mucho más afectada por este fenómeno aunque objetivamente otras causas sean más peligrosas para la vida y la integridad de las personas; y ello es debido a que el modus operandi utilizado, a saber, la aleatoriedad y la repetición (lo que también se relaciona con la magnitud del daño), incide en la psiquis de las personas de un modo especialmente intenso, sobre todo en la era de las armas de destrucción masiva y de la comunicación de masas".[33]

2.2 *A qualidade organizacional*

Ao contrário da característica anterior, a discussão a respeito da possibilidade de caracterização de um ato individual como terrorista não encontra voz pacífica na doutrina.

Mariona Llobet Anglí defende a possibilidade de existência do chamado "terrorismo individual". A autora não afasta a necessidade de verificação da extrema gravidade e intensidade da mensagem implícita para constituição do terrorismo. Todavia, não considera esse um empecilho, atualmente, a ocorrência de um ato terrorista individual, levando em conta o grau de destruição que podem alcançar algumas armas modernas. Dessa forma, a lesividade e operacionalidade próprias de uma organização terrorista seriam alcançadas de maneira individual em decorrência dos meios atuais de atuação.[34]

32. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 36.

33. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 69.

34. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 88.

Contudo, não se deve esquecer que o crime de terrorismo, especialmente nos moldes modernos, por natureza, refere-se a um fenômeno social de extensão sem igual em seus efeitos, consequência de sua extraordinária capacidade comunicacional. Disso decorre a dificuldade em se enxergar, no ato cometido por agente individual, a natureza terrorista.

Nesse sentido, Manuel Cancio Meliá entende derivar da própria dimensão da mensagem do terrorismo a sua necessária qualidade de organização.[35] Existe, aqui, uma incapacidade de o agente isolado atingir toda a extensão consideravelmente ampla do terrorismo.

Para o autor, a configuração unitária do terrorismo "(...) casa mal con lo que de acuerdo con la doctrina dominante constituye una de las bases fundamentales del carácter especial de las infracciones en materia de terrorismo: la organización."[36] No entendimento do autor, portanto, em sua acepção própria, o terrorismo apenas comporta aquelas ações praticadas por um grupo organizado, condição essencial para fazer com que a atividade adquira uma significação política considerável, em razão do perigo que representa.[37]

Nesse sentido, Myrna Villegas Díaz aponta o terrorismo como sendo um ato de violação massiva e sistemática aos direitos humanos que não poderá ocorrer sem uma estratégia, devido a sua amplitude e complexidade. Conclui a autora que essa estratégia e posterior ataque aos direitos humanos apenas se faz possível no seio de uma organização, demonstrando a necessária estrutura coletiva do terrorismo.[38]

---

35. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010. p. 136.

36. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010. p. 259.

37. Deve-se destacar que o conceito jurídico-penal de terrorismo constante no Código Penal espanhol se destina a tutelar diretamente dois bens jurídicos: a ordem constitucional e a paz pública. Em razão disso, o autor refere que apenas pela configuração organizacional a atividade poderia representar ofensa aos bens jurídicos tutelados, isto é, a capacidade de subverter a ordem constitucional ou alterar gravemente a paz pública. Todavia, salienta que não só em relação à capacidade de ofensa ao bem jurídico é exigível a estrutura de organização ao terrorismo, mas, também, por uma análise de ciência política e de ciência social, de onde se constata um entendimento majoritário dessa necessidade. (CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010. p. 260-261).

38. VILLEGAS DÍAZ, Myrna. *Elementos para un concepto jurídico de terrorismo*. Santiago, Chile, 29.05.2011. Disponível em: [www.plumaypincel.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=391:elementos-para-un-concepto-juridico-de-terroris-

Não se afasta, aqui, a possibilidade de um agente individual ser capaz de, com seu ato, difundir o sentimento de medo em grande parte das pessoas. Em uma sociedade como a nossa, tomada pela instantaneidade de informações, o sentimento de medo é facilmente disseminado. Como consequência do fácil acesso a informações em tempo real, verifica-se a incidência de uma "aproximação sentida" a fatos violentos, por mais que ocorram em local isolado e distante do receptor da notícia. Não surpreenderá, pois, que o ato de um agente isolado alcance grande repercussão social; todavia, não atingirá esse ato a magnitude típica do terrorismo, que não deve ser confundida com o medo (mesmo que generalizado) gerado por um crime comum, em uma sociedade marcada pela difusão de informações e já propícia a altos níveis de temeridade.

Além disso, outra característica da atual forma predominantemente adotada pelo terrorismo traz à tona a necessidade de sua estruturação coletiva. Pode-se perceber que a forma de terrorismo do Século XXI se destaca pelo vencimento de barreiras fronteiriças. Ou seja, ganha destaque por ser uma forma de terrorismo internacional. Mesmo que o âmbito de atuação direta do grupo terrorista se limite a atos cometidos em um espaço territorial específico, é decorrência da natureza terrorista a sua capacidade de gerar efeitos psicológicos (estratégia do discurso do terror) muito mais amplos. Conjugando-se esse poder de amplitude transfronteiriço dos efeitos do terrorismo com a necessária possibilidade de reiteração de atos para a configuração da atmosfera de terror, deve-se concluir pela indispensabilidade de uma estrutura coletiva consideravelmente densa para que se possa pensar em terrorismo.

Portanto, forçoso se faz exigir, para a configuração do terrorismo, a associação de, pelo menos, três pessoas, na linha adotada pelo art. 288 do CP brasileiro, de maneira a se vislumbrar a capacidade do grupo de alcançar os efeitos de um ato terrorista.

2.3 A finalidade política

Outra característica amplamente apontada como essencial ao terrorismo diz respeito ao seu objetivo último, correspondente à finalidade de ocasionar uma alteração política. Ou seja, o terrorismo possui uma especial motivação, para a qual servem de instrumentos seus demais elementos. A mensagem final do terrorismo, por isso, é direcionada não às pessoas atingidas em um primeiro plano pelo discurso do terror, mas, preponderantemente, ao Estado.

---

mo-myrna-villegas]. Acesso em: 15.02.2014. Texto postado no site Pluma y Pincel portal cultural.

Analisando o Código Penal espanhol de 1995,[39] Mario Capita Remezal aduz que aquela legislação adotou, como critério caracterizador do terrorismo a finalidade do ato, que, segundo o autor, deverá ser dirigido a subverter a ordem constitucional ou a alterar gravemente a paz pública.[40] Nesse sentido é a consideração de Eugenio Raúl Zaffaroni, ao se referir ao terrorismo como uma forma de delinquência subversiva.[41]

Sob esse aspecto, o terrorismo, na tentativa de alcance de seu fim, contém um caráter instrumental, servindo o ato de meio para a consecução da finalidade política.[42]

Ao se questionar sobre o quê fazem os terroristas, Manuel Cancio Meliá diz poder estar nessa finalidade política a resposta para a pergunta, sendo as infrações de terrorismo direcionadas a provocar reações do Estado.[43]

A apontada finalidade política do terrorismo, reconhecida majoritariamente pelos tratados internacionais sobre o terrorismo,[44] serve como elemento diferenciador desse tipo de infração de, por exemplo, uma organização criminosa apenas destinada ao narcotráfico ou a atividades mafiosas de qualquer tipo.

---

39. Conforme o art. 571.3 do CP espanhol de 1995:
"De las organizaciones y grupos terroristas
Artículo 571
(...)
3. A los efectos de este Código, se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis) y en el párrafo segundo del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente".

40. CAPITA REMEZAL, Mario. *Análisis de la legislación penal antiterrorista*. Madrid: Editorial Colex, 2008. p. 36.

41. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1988. vol. 5, p. 105.

42. CAPITA REMEZAL, Mario. *Análisis de la legislación penal antiterrorista*. Madrid: Editorial Colex, 2008. p. 42.

43. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010. p. 67-68.

44. VILLEGAS DÍAZ, Myrna. *Elementos para un concepto jurídico de terrorismo*. Santiago, Chile, 29.05.2011. Disponível em: [www.plumaypincel.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=391:elementos-para-un-concepto-juridico-de-terrorismo-myrna-villegas]. Acesso em: 15.02.2014. Texto postado no site Pluma y Pincel portal cultural.

Enquanto o terrorismo pretende a disseminação do terror para que, pela criação da desordem, o Estado ceda a suas exigências, as demais manifestações do crime organizado citadas desejam não a subversão política de um país, mas a manipulação da ordem já existente para obtenção de seus interesses (geralmente financeiros).[45] Enquanto a organização criminosa simples sobrevive na ordenação política local e assim pretende seguir, a organização terrorista não aceita a ordem política imperante e objetiva, por meio de atos de violência, sua alteração forçada, por meios antidemocráticos.

Da mesma forma, não se pode atribuir a finalidade política que caracteriza o ato terrorista a um grupo armado atuante com o objetivo direto de manutenção de determinada raça, crença, ideologia etc. e que, por isso, cometesse assassinatos generalizados contra raças, crenças, ideologias etc. diferentes.

Nesse último caso, deve-se ter em conta a diferença entre um ato dirigido a um fim político de um ato que não possui esse fim, conquanto o resultado prático desejado se apresente semelhante. Tome-se, ilustrativamente, o fato de um grupo assassinar pessoas de uma etnia, indiscriminadamente, com o fim de difundir o sentimento de terror, para que o Estado altere sua política em relação às pessoas dessa etnia e decida, ao final, pela expulsão dessas pessoas de seu território; de outro lado, o caso do mesmo grupo que, com o mesmo ato (assassinatos), pretenda compelir, diretamente, as pessoas da etnia atingida a deixarem o território de um país. Apesar de ambos os atos serem instrumentalizados em um primeiro grau (suscetível de atemorizar o público), apenas o primeiro possui a instrumentalização de segundo grau (direcionado a estabelecer uma comunicação com o Estado, para alcance de uma finalidade política) e, por isso, pode ser qualificado como terrorismo.[46]

Esse mesmo posicionamento é manifestado por Myrna Villegas Díaz, para quem o terrorismo é "(...) cometido con la finalidad de conmover los fundamentos del Estado democrático alterando la estructura política, social, económica y/o medioambiental del país (que podría concretarse en un bien jurídico como el ordenamiento constitucional democrático)".[47]

45. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 57.

46. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 90.

47. VILLEGAS DÍAZ, Myrna. *Elementos para un concepto jurídico de terrorismo*. Santiago, Chile, 29.05.2011. Disponível em: [www.plumaypincel.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=391:elementos-para-un-concepto-juridico-de-terroris-

Como se pode ver, deve-se concluir pela finalidade política do terrorismo em razão da própria forma de atuação eleita para o ato. A organização terrorista se utiliza de um ato violento tomado de caráter comunicacional, de disseminação do terror na sociedade, para que o Estado, receptor final da "mensagem terrorista", seja compelido a acatar uma imposição política do grupo. Não fosse o terrorismo dominado por uma finalidade política, não haveria necessidade de construção, pelo próprio grupo, de uma comunicação com o Estado.

Em decorrência disso, Walter Laqueur refere que: "o terrorismo tem sido definido como a aplicação de violência ou ameaça de violência por entidades menores que um Estado, destinada a semear o pânico na sociedade, para enfraquecer ou até mesmo derrubar os detentores do governo, e para produzir uma alteração política".[48]

Em um Estado democrático, se concebe como finalidade política aquela destinada ao alcance de fins que somente seriam alcançáveis por meio de meios democráticos (v.g., exercício de voto, manifestações populares etc.). Já em regimes antidemocráticos, deve-se fazer a distinção entre o ato de terrorismo e o ato de resistência ao regime imposto. Nesse último caso, a atividade violenta se direciona aos membros do Governo, às suas forças, com o objetivo de instituição de um regime diferente. Esse ato de resistência, em regra, se apresenta de forma legítima na luta contra a opressão ditatorial. Todavia, essa resistência legítima não inclui a possibilidade de utilização da população civil como instrumento ao alcance da alteração de regime, residindo aqui a linha demarcatória do terrorismo: a atividade do grupo resistente dirigida contra a população.[49]

Desse modo, pode-se sintetizar o conceito de terrorismo como os "(...) actos maquinados que tienen por objeto atemorizar, crear zozobra social con la finalidad de llamar la atención, de presionar al gobierno sobre reivindicaciones políticas".[50]

---

mo-myrna-villegas]. Acesso em: 15.02.2014. Texto postado no site Pluma y Pincel portal cultural.

48. LAQUEUR, Walter. Postmodern terrorism. *Foreign Affairs*, vol. 75, n. 5, p. 24, set.-out., 1996.

49. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 94 e 96.

50. BECERRA RAMÍREZ, Manuel. El 11 de septiembre y el derecho internacional. In: VALDÉS UGALDE, José Luis; VALADÉS, Diego (org.). *Globalidad y conflicto: Estados Unidos y la crisis de septiembre*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. p. 259.

Deve-se reconhecer, pois, o terrorismo como o ato que nega a ordem política imperante em determinado território. Além disso, a forma utilizada pelo ato para essa negação deverá se desenvolver de maneira extremamente violenta, mediante ataques à população em geral, destinados esses ataques a propagar uma mensagem de terror nas pessoas.

2.4 O bem jurídico tutelado

Nos termos constantes na Convenção Interamericana contra o Terrorismo, ratificada pelo Brasil no ano de 2005, "(...) o terrorismo constitui uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais (...)".[51]

Devido a sua natureza complexa, também a ofensa produzida pelo crime de terrorismo vai se manifestar de forma complexa. O terrorismo, portanto, se apresenta como violação não só a um bem jurídico, mas a uma pluralidade deles. Em um primeiro momento, o ato terrorista constitui uma afronta ao mesmo bem jurídico protegido pelo delito comum do qual se utiliza; ou seja, a vida, a integridade física, a liberdade, o patrimônio etc. Por segundo, o terrorismo se consubstancia na violação à paz pública. Por último, direciona-se o terrorismo como agressão à própria democracia, no tocante à tomada de decisões políticas de maneira legítima,[52] considerando-se que é da natureza do ato terrorista o objetivo de forçar o Estado constituído a adotar sua vontade imposta.

Reside justamente no terceiro bem jurídico atingido a diferença entre o terrorismo e as demais formas de organização criminosa. Enquanto esta última almeja a alteração do conteúdo democrático do Estado para o alcance de vantagens ou até mesmo sobrevive e aufere vantagens dentro da ordem dominante, o terrorismo não só atinge o conteúdo democrático do Estado, como a própria democracia em seu todo.[53] Isso decorre do objetivo político inerente ao ato terrorista, que se manifesta como uma tentativa de provocar determinada alteração política por meio de atos de violência, sem respeito, portanto, às formas

51. Para maiores informações, consultar: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Convenção Interamericana contra o Terrorismo: ratificada em 26.09.2005. Disponível em: [www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/A-66.htm]. Acesso em: 15.02.2014.

52. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 59.

53. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 60.

democráticas de consecução de resultados políticos (v.g., manifestações sociais, exercício do voto, greves etc.).

Nesse sentido é a lição de Myrna Villegas Diaz, para quem o crime de terrorismo se configura pela "(...) imposición, por la fuerza, de una determinada ideología política. Luego, el bien jurídico de naturaleza colectiva que resulta objeto del ataque no es otro que el ordenamiento constitucional democrático originado en la manifestación de la voluntad popular. De ahí la importancia de considerar o valorar el elemento político en el injusto penal".[54]

Do exposto decorre a exigência de que a violência primeira eleita pelo grupo terrorista seja capaz de afetar (ou ameaçar de forma concreta) a ordem democrática e essa é a razão pela qual não se deve aceitar, como meio suficiente para a configuração do terrorismo, a lesão unicamente à propriedade, seja privada ou pública. Para que o ato tenha capacidade de atingir proporções suficientes para alterar a ordem democrática, deverá afetar bens jurídicos dotados de extrema importância às pessoas, como a vida, a integridade física, a liberdade.

A paz pública é o bem jurídico por excelência violado pelo ato terrorista. Isso decorre do efeito psicológico do ato terrorista, que o caracteriza como tal e que lhe confere a própria nomenclatura. Quando se refere que o terrorismo se constitui em um ato violento direcionado a difundir o sentimento de terror generalizado nas pessoas, do que se retira seu poder comunicacional, está-se a apontar o ataque à paz pública cometido pelo ato. Entendendo-se a paz pública como a sensação de segurança geral, de tranquilidade social, evidente se torna a violação do ato terrorista a esse bem jurídico.

2.4.1 Delitos-meios de gravidade

Como já referido, o terrorismo se utiliza de crimes comuns para difundir o sentimento de terror generalizado em um grupo social, com o intento de alcançar algum objetivo político. É fácil perceber, portanto, a gravidade considerável do ato terrorista, que o distingue dos demais tipos criminais justamente pelo alcance de seus efeitos.

Para se fazer capaz de alcançar tamanha gravidade, o terrorismo necessariamente deve se utilizar de meios que o permitam produzir os efeitos almejados. Esses meios são, em regra, os crimes que atentam contra os bens jurí-

54. VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código Penal de Chile. *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*. Disponível em: [www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/MYRNAVILLEGAS.pdf]. Acesso em: 15.02.2014.

dicos mais essenciais ao homem, ou seja, a vida, a liberdade e a integridade das pessoas, seja efetivamente ou mediante a criação de perigos concretos. Nas palavras de Mariona Llobet Anglí, "(...) las concretas infracciones que tiene que realizar una organización terrorista (o un sujeto aislado) han de atentar contra los bienes personales más esenciales de los individuos, puesto que tienen que ser idóneas para producir intimidación y conmoción. Sólo vulnerando y poniendo en peligro la vida, salud, integridad y libertad de las personas es posible alterar la paz pública en el sentido indicado, esto es, crear temor por la propia vida, y, en consecuencia, forzar a los gobiernos a que atiendan las peticiones terroristas".[55]

Em decorrência disso, entende a autora que os atos que atentem exclusivamente à propriedade ou outros bens materiais ou aqueles que apenas produzem alterações públicas não são capazes de ser qualificados como terroristas. Incluem-se nesse grupo, *v.g.*, os atos de grupos ecologistas que produzam danos contra bens públicos ou grupos que produzam desordem pública.[56]

Quando verificada, portanto, a violação unicamente ao patrimônio, público ou privado, não há que se reconhecer a ocorrência de terrorismo, que apenas pode ser constatado nos casos de ataques incidentes contra bens jurídicos fundamentais de caráter individual, como os já mencionados (vida, integridade física, liberdade etc.).[57]

Quando, porém, se produzem, intencionalmente, determinados atos insuficientes para gerar o sentimento de terror (v.g., danos ao patrimônio), mas que acabem por colocar em risco a vida, a integridade ou a liberdade das pessoas, admite-se a configuração do terrorismo se esse risco indireto for assumido a título doloso e se presentes os demais requisitos do terrorismo.[58]

Por todo o exposto, pode-se concluir que o terrorismo deverá, necessariamente, ser direcionado a bens jurídicos essenciais. Além disso, o que se percebe

55. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 77.

56. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 78.

57. VILLEGAS DÍAZ, Myrna. *Elementos para un concepto jurídico de terrorismo*. Santiago, Chile, 29.05.2011. Disponível em: [www.plumaypincel.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=391:elementos-para-un-concepto-juridico-de-terrorismo-myrna-villegas]. Acesso em: 15.02.2014. Texto postado no site Pluma y Pincel portal cultural.

58. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 78.

atualmente é a adoção de uma forma de terrorismo marcada pelo cometimento de atos altamente letais, do que se tomam como exemplos por excelência os ataques à Nova York, de 11.09.2001.[59] Em regra, portanto, o ato de terrorismo tenderá a deixar vítimas, se não fatais, ao menos com lesões consideráveis.

2.5 Distinção de terrorismo e guerra

Nas palavras de Paul Wilkinson, "Na prática é extremamente difícil traçar limites nítidos entre guerra e terror."[60] Mesmo sendo tarefa dificultosa, fica evidente que, para o autor, guerra e terrorismo não refletem um mesmo fenômeno.

Como se sabe, mesmo em caso de guerra, existem certas diretrizes a serem seguidas pelos Estados (como, por exemplo, aquelas dispostas nas Convenções de Genebra que regulam a tutela de militares feridos, o tratamento a prisioneiros de guerra, a proteção a civis etc.). Dessa forma, "(...) los actos de guerra no constituyen delitos de terrorismo, sino que son conductas, o bien legítimas, o bien constitutivas de crímenes de guerra".[61]

Justamente por não configurar ato de guerra, o terrorismo carece de poderio militar. Ele se diferencia de um conflito armado de grande intensidade, porquanto o terrorismo, como já referido, configura a estratégia do grupo mais débil.[62] Como resultado dessa característica, o terrorismo necessita de um equivalente à força militar que não possui. Esse equivalente é encontrado nos meios especificamente terroristas. Nas palavras de Manuel Cancio Meliá: "(...) la selección de distintos objetivos a los que agredir con el objetivo de generar una amenaza generalizada, una intimidación masiva que equivalga a la amenaza de uso de la fuerza militar".[63]

Possuísse o grupo de agentes um poderio militar, não seria necessário para o alcance de seus objetivos o apelo à estratégia de disseminação do terror. Mais fácil seria a utilização de sua capacidade militar para estabelecer uma comunicação violenta direta com o Estado.

---

59. REINARES, Fernando. Los atentados contra EE UU t el terrorismo internacional. *Claves de Razón Práctica* 116/4, Madrid, out. 2001.

60. WILKINSON, Paul. *Terrorismo político*. Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1976. p. 19.

61. LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 127.

62. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010. p. 70.

63. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010. p. 70-71.

A diferenciação entre ato terrorista e ato de guerra importará em consequências diretas na forma de combate ao terrorismo a ser adotada pelo Estado. Isso se deve ao fato de ambos os fenômenos exigirem formas diferentes de abordagem, levando-se em conta suas motivações e consequências especiais. Nesse ponto, Luigi Ferrajoli aponta o grande equívoco atualmente cometido por alguns Estados, que, como forma de combater o terrorismo, adotam o discurso de "guerra ao terror", exercendo atos de combate militar de grande escala, quando o ideal seria preservar a mencionada distinção entre o terrorismo e a guerra e reservar ao último o tratamento próprio de um ato criminoso.[64]

2.6 Terrorismo e manifestações sociais

A partir dos elementos expostos caracterizadores do terrorismo, podem-se distinguir com certa clareza os atos terroristas das manifestações sociais, mesmo àquelas que tomam proporções violentas, mas que não satisfazem todos os requisitos do terrorismo.

Em regra, as manifestações sociais objetivam provocar a alteração de alguma situação política, dirigindo-se o ato ao Estado, como exigência de soluções às reivindicações.

Contudo, além de serem as manifestações o exercício de um direito democrático de reivindicação, já em um primeiro momento, se faz ausente nesses movimentos reivindicatórios a característica do discurso do terror. Por mais que algumas manifestações acarretem o sentimento de amedrontamento em determinadas pessoas, esse não é um objetivo do grupo manifestante como o é do grupo terrorista em sua instrumentalização das pessoas.

As manifestações sociais não objetivam disseminar o sentimento de terror ou medo na população civil mediante ataques violentos à própria população. Ao contrário, em regra, desejam a população local ao seu lado, pois são identificados com eles e, muitas vezes, reivindicam em prol do grande grupo.

Quando expressada alguma violência em manifestações sociais, o que geralmente é provocado por uma minoria, é ela exercida contra o próprio Estado, geralmente ao seu patrimônio ou contra agentes que atuem em nome dele. Direcionando-se o ataque a bens públicos, conforme já exposto acima, não há que se considerar o ato como terrorismo, pois inexistente a violação dolosa a bem jurídico relevante o suficiente para tal configuração.

64. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia.* Itália, Bari: Ediroti Laterza, 2007. vol. 2, p. 364.

A mensagem da manifestação social, portanto, tente a ser enviada pelo grupo de pessoas diretamente ao Estado, como exercício de um direito inerente ao Estado Democrático, sem perpassar pela manipulação de um grupo de pessoas como instrumento comunicacional e sem uma organização a planejar e exercer atos de violência extrema, sendo inviável se falar em terrorismo nesse tipo de fenômeno social.

3. CONCLUSÃO

Quando se discute a respeito do terrorismo, são inevitáveis perguntas a respeito da conceituação do terrorismo ou, como fez Francesco Viganò, "(...) se é possível parar um terrorista com um Código Penal de paz."[65] Tais perguntas, por não possuírem ainda respostas seguras, permitem os mais diversos discursos no tocante ao combate ao terrorismo e o direito penal acaba por ser atingido diretamente por esses discursos.

A legislação penal, nesse cenário, é manuseada de forma a se permitir o império de seu efeito meramente simbólico. A esse respeito, Hassemer elenca algumas formas de direito simbólico, dentre as quais se encontram as "leis de crise", que possuem o objetivo de tranquilizar a população, utilizando o autor o exemplo das leis contra o terrorismo.[66]

Quando se fala em efeito simbólico, não se deve pressupor que a legislação penal não produza resultado algum. O efeito simbólico relaciona-se com o incremento da sensação de segurança, de resultado positivo de uma decisão, sendo esse resultado fictício, assim como a segurança. Não só é fictícia a imagem de efetividade legislativa, como, em um plano prático, o que se constata é, geralmente, um resultado contraproducente. Ou seja, instaura-se uma imagem de solução a um problema (que não tende a durar muito tempo, vindo a demandar novas medidas simbólicas), quando, na verdade, a situação é agravada.

Como é próprio de uma sociedade tomada pelos efeitos da expansão do direito penal, que faz produzir seus efeitos especialmente nas atividades delituosas que mais alteram o ânimo social em razão de sua gravidade, vivenciamos uma tendência ao agravamento da resposta legal aos crimes em geral. Con-

65. VIGANÒ, Francesco. Terrorismo, guerra e sistema penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 49/655, Milão, abr.-jun. 2006.

66. HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (dir.). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1995. p. 26.

forme a lição de Manuel Cancio Meliá, a atuação do direito penal em caráter preventivo possui uma complexidade muito maior do que supõe o discurso político-criminal dominante, segundo o qual se defende, erroneamente, "(...) una correlación directa entre mayores niveles de 'dureza' del ordenamiento penal y mayores niveles de eficacia preventiva."[67] No combate ao terrorismo, esse tipo de manifestação se faz presente de forma evidente.

Todavia, não existe qualquer evidência de que um tratamento penal mais rigoroso representará maior eficácia preventiva. Isso não quer significar que se deva retirar a atuação do direito penal no combate ao terrorismo, mas que se deva reconhecer o caráter extremamente mais amplo do fenômeno terrorista, como estratégia comunicacional de poder, que deve ser analisado sob um enfoque predominantemente social.[68]

Nesse caminhar, se faz necessária a compreensão do que se deva entender por terrorismo. Mesmo que se admita a impossibilidade de alcance de um conceito universal de terrorismo, alguns elementos básicos distintivos desse fenômeno devem ser traçados, em prol de uma maior precisão na qualificação dos atos sociais como sendo, ou não, terroristas.

Dessa forma, uma definição mínima do terrorismo se faz necessária inclusive para que se conclua pela inexistência de atos terroristas em determinados países. Sem se desconsiderar a ampla complexidade do terrorismo, traçar diretrizes básicas desse fenômeno é medida de segurança social contra definições equivocadas.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel. El 11 de septiembre y el derecho internacional. In: VALDÉS UGALDE, José Luis; VALADÉS, Diego (org.). *Globalidad y conflicto: Estados Unidos y la crisis de septiembre*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. p. 257-270.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación. In: DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Dere-*

67. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010. p. 57.

68. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editora Reus, 2010. p. 56.

cho y justicia penal en siglo XXI: liber amicorum *en homenaje al Prof. Antonio González-Cuéllar García.* Madrid: Editorial Colex, 2006. cap. 3, p. 487-495.

_____. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto.* Madrid: Editora Reus, 2010.

CAPITA REMEZAL, Mario. *Análisis de la legislación penal antiterrorista.* Madrid: Editorial Colex, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia.* Itália, Bari: Ediroti Laterza, 2007, v. 2.

HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (dir.). *Pena y Estado.* Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1995. p. 23-36.

HOBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo.* Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LAQUEUR, Walter. Postmodern terrorism. *Foreign Affairs*, vol. 75, n. 5, p. 24-36, set.-out., 1996.

LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático.* Madrid: La Ley, 2010.

NUNES FERNANDES, Ignácio. *El paradigma del terrorismo entre derecho interno e internacional: los delitos de terrorismo entre derecho interno y derecho internacional en los arbores del siglo XXI.* Pelotas: Editorial Académica Española, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Convenção Interamericana contra o Terrorismo: ratificada em 26.09.2005. Disponível em: [www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/A-66.htm]. Acesso em: 15.02.2014.

REINARES, Fernando. Los atentados contra EE UU t el terrorismo internacional. *Claves de Razón Práctica* n. 116, p. 4-7, Madrid, out. 2001.

REVILLA MONTOYA, Pablo César. El terrorismo global. Inicio, desafios y médios político-jurídicos de enfrentamiento. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 5, México.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.* Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002.

VIGANÒ, Francesco. Terrorismo, guerra e sistema penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, vol. 49, p. 648-703, Milão, abr.-jun. 2006.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna. *Elementos para un concepto jurídico de terrorismo.* Santiago, Chile, 29.05.2011. Disponível em: [www.plumaypincel.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=391:elementos-para-un-concepto-juridico-de-terrorismo-myrna-villegas]. Acesso em: 15.02.2014. Texto postado no site Pluma y Pincel portal cultural.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código Penal de Chile. *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología.*

Disponível em: [www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/MYRNAVILLEGAS.pdf]. Acesso em: 15.02.2014.

WAINBERG, Jacques A. *Mídia e terror: comunicação e violência política.* São Paulo: Paulus, 2005.

WILKINSON, Paul. *Terrorismo político.* Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Ediar, 1988. vol. 5.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A irracionalidade das leis penais e o simbolismo negativo: o caso do legislador brasileiro no projeto de punir o crime de terrorismo, de José Francisco Dias da Costa Lyra e Adalberto Narciso Hommerding - *RBCCrim* 110/299 (DTR\2014\18445);
- As iniciativas de reforma à Lei de Segurança Nacional na consolidação da atual democracia brasileira: da inércia legislativa na defesa do Estado Democrático de Direito à ascensão do terrorismo, de Diego Nunes - *RBCCrim* 107/265-305 (DTR\2014\1562);
- O terrorismo no direito brasileiro: análise à luz da obrigação internacional de repressão do crime de terrorismo, de Leandro Moll - *RDCI* 80/375-415 (DTR\2012\450567);
- Terrorismo: reflexões a partir da criminologia crítica, de Maurício Stegemann Dieter - *RBCCrim* 75/295 (DTR\2008\666); e
- Um ensaio sobre o cenário de exclusão social e violação à dignidade da pessoa humana após os atentados de 11 de setembro de 2001, de Prudêncio Hilário Serra Neto - *RDCI* 83/241-262 (DTR\2013\3063).

82116

A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO MEDO DO CRIME E A VIOLÊNCIA URBANA NO BRASIL

THE SOCIAL CONSTRUCTION OF FEAR OF CRIME IN BRAZIL

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO

Doutor em Direito Penal pela UFPR. Mestre em Direito (UFPR) e Criminologia (Università di Padova). Especialista em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UFPR). Professor Adjunto da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Positivo. Defensor Público no Estado do Paraná.
andre.rg@terra.com.br

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Trata-se de revisão bibliográfica sobre o tema da construção social da percepção subjetiva de insegurança e seus desdobramentos sociais, políticos e econômicos, como um dos mais importantes focos de atenção atual da criminologia crítica. Analisa-se enquete de vitimização com elementos relevantes para a compreensão do medo do crime como objeto construído segundo parâmetros de classe e renda.

PALAVRAS-CHAVE: Medo do crime - Segurança pública - Criminologia crítica - Enquetes de vitimização - Privatização.

ABSTRACT: The issue is about a literature review on the topic of social construction of subjective perception of insecurity and their social, political and economic developments, as one of the most important focuses of attention on current critical criminology. We analyze the victimization survey conducted by IBGE in 2009, which brings relevant information for the understanding of fear of crime as an object built within the parameters of class.

KEYWORDS: Fear of crime - Public safety - Critical criminology - Victimization surveys - Privatization.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A dimensão política e subjetiva da insegurança: aspectos teóricos - 3. O medo do crime no Brasil (PNAD 2009) - 4. Medo do crime e violência urbana na criminologia - 5. Sobre a "nova prevenção" - 6. Considerações finais - 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A redução da insegurança, enquanto noção eminentemente subjetiva, inicia pela desmitificação da perspectiva que lê a realidade a partir do medo, tomando-

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. A construção social do medo do crime e a violência urbana no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 221-253. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

-se este próprio como objeto de problematização. Fica claro, por tal via, como é o próprio discurso que constrói o pânico social que atua contra o Estado de Direito e inviabiliza quaisquer espaços coletivos de convivência saudável e pacífica.

Temas como medo do crime e (in)segurança devem ser tratados de forma contextualizada. Não se pretende abordar aqui, afinal, uma noção de segurança pressuposta como "problema natural" das sociedades humanas. O que se quer tomar como objeto de reflexão é a concepção própria da sociedade ocidental pós-industrial e seus desdobramentos, que assumem caracteres bastante específicos e distantes dos tempos em que "estar seguro" se relacionava a um *status* de cidadania diretamente vinculado, por sua vez, ao vínculo de pertencimento com a cidade,[1] verdadeiro "corpo" enquanto comunidade política.[2] O "medo" se dirigia, então, ao que estava para além de seus muros.

A questão securitária em suas feições modernas deve ser compreendida sob a égide de duas passagens decisivas, não obstante distantes quase dois séculos entre si e aqui apenas mencionadas. Na primeira, tem-se a ruptura para com a tradição medieval pelo pensamento jusnaturalista, especialmente em dois pontos centrais:[3] o indivíduo passando a ser visto como tal, anterior ao coletivo, e a metáfora contratualista, relativa a uma ordem política artificial, formalmente igualitária e criada pela vontade do homem, substituindo aquela da sociedade como corpo, cuja organização seria preexistente à vontade humana e ontologicamente hierárquica e desigual.

Nesse sentido Thomas Hobbes situou a segurança – entendida como o "cuidado com a própria preservação e, dessa forma, com uma vida melhor"[4] – no coração da legitimação do Estado moderno, sempre no sentido, substancialmente, de se forjar uma sociedade de indivíduos capazes de autocontrole e inseridos dentro de um projeto moderno todo construído em torno à noção do jurídico-proprietário.[5] Não à toa a segurança é apresentada, posteriormente,

1. COSTA, Pietro. *Cittadinanza*, p. 7 e ss. Sobre a "história do medo", v. DELUMEAU, Jean. *História do medo no ocidente: 1300-1800 Uma Cidade sitiada*. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Cia. das Letras, 2009 [1978].
2. COSTA, Pietro. *Cittadinanza*, p. 18: "La città è uno spazio di appartenenza, identità e protezione: le mura (che ne segnano e ne garantiscono i confini) ne sono la traduzione fisica e il simbolo visibile. (...). La città è un corpo che vive della collaborazione delle parti: il conflitto non può essere quindi che un'intollerabile patologia".
3. COSTA, Pietro. *Cittadinanza*, p. 27.
4. HOBBES, Thomas. *Leviathan*, p. 223 (§ 1.°, Cap. XVII).
5. COSTA, Pietro. *Il progetto giuridico*, p. 288-90: "La proprietà non è niente di 'fisico', non è la relazione economico-naturale di impossessamento e di utilizzazione di una

como um dos principais "direitos naturais e imprescritíveis do homem"[6] pelas revoluções liberais norte-americana e francesa, sempre de forma indissociável da tutela de uma nova ordem socioeconômica fundada na propriedade privada.

A segunda passagem mencionada como essencial para a compreensão do atual estágio da questão securitária no mundo ocidental inicia com o período que sucede à Segunda Guerra Mundial, com o Estado de Bem-Estar Social, e segue até a atualidade, com o seu desmonte em nome do livre mercado. Com efeito, a "segurança pública" enquanto elemento central da agenda política é fenômeno bastante recente e vinculado ao declínio dos ideais inclusivos do *Welfare State* em prol da radicalização do livre mercado sob o ideário que se cunhou denominar "neoliberal".

Nos países latino-americanos, como o Brasil, o foco não recai tanto sobre o declínio do Estado de Bem-Estar – que nunca existiu concretamente – mas sobre o gradual encerramento da ideologia da segurança nacional que sustentou ditaduras militares e deu lugar, com a redemocratização, à nova emergência da "segurança urbana".

Em todos os contextos, de qualquer forma, o panorama ideológico fortalecido pela sociedade de mercado acaba por resgatar, de forma radical, a centralidade da responsabilidade individual para com a segurança de si mesmo, ou seja, "o domínio da ideologia neoliberal insiste nas virtudes cívicas do faça você mesmo, somado ao primado do indivíduo sobre qualquer forma de agregação social".[7] O que há de efetivamente "novo" hodiernamente, portanto, é a

---

cosa, ma piuttosto 'an established expectation': la *possibilità* di godere di un oggetto *per sempre*. (...). Il 'giuridico-proprietario' affermato come nucleo centrale, cellula generativa del progetto sociale complessivo, si costituiva come funzione della sicurezza (e viceversa), si celebrava come condensazione di 'tutto il tempo' e di 'tutta la civiltà'". Ver também: CASTEL, Robert. *L'insécurité sociale: Qu'est-ce qu'être protégé?*, p. 16 e ss.

6. Declaração de Direitos da Virgínia, Williamsburg, 12.06.1776, art. 1.º: "Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança". Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, Paris, 26.08.1789, art. 2.º: "A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão".

7. PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*. p. 46: "il dominio dell'ideologia neoliberista insiste sulle virtù civiche del far da sé, nonché sul primato dell'individuo su qualsiasi forma di aggregazione sociale". Sobre o individualismo na sociedade con-

ressignificação do sentido de (in)segurança e de prevenção sob tal ótica, com a conseguinte compreensão da própria segurança como um bem mercantil, o que se coaduna, por sua vez, com a representação da violência urbana – um conceito vago, ambíguo e utilizado precipuamente como ferramenta de comunicação política[8] –, tudo confluindo na fragilização da comunidade pela suspeita e erosão dos laços de solidariedade.

2. A DIMENSÃO POLÍTICA E SUBJETIVA DA INSEGURANÇA: ASPECTOS TEÓRICOS

Constatando a polissemia e a complexidade do próprio sentido de "segurança", Bauman enfatizou as diferenças entre idiomas, comparando, por exemplo, a amplitude do termo alemão *Sicherheit* e a necessidade de ao menos três palavras diversas em inglês, *security*, *certainty* e *safety*,[9] para expressar diferentes dimensões do mesmo fenômeno. A insegurança relacionada à falta de *security* seria aquela mais propriamente relacionada à fluidez e flexibilidade do mercado de trabalho e da falta de estabilidade do mundo globalizado; em sentido similar, porém mais abrangente, a falta de *certainty* se referiria a uma insegurança existencial concernente à incerteza sobre o futuro, maximizada pela revolução tecnológica e pela economia de mercado; e a carência de *safety*, enfim, é que diria respeito diretamente à insegurança sobre a própria integridade física e patrimonial, consubstanciada no "medo do crime".

Logo, a insegurança em sentido amplo não é um fenômeno "anômalo" ou patológico em relação à sociedade hodierna, mas face inerente de sua própria

temporânea, v. Idem, p. 15 e ss.; ROCHÉ, Sebastian. *Sociologie politique de l'insécurité*. p. 8 e ss.

8. BODY-GENDROT, Sophie. *Les villes: la fin de la violence?*, p. 31.

9. BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*, p. 25: na edição brasileira, os termos são traduzidos respectivamente como segurança (*security*), certeza (*certainty*) e garantia (*safety*). Entretanto, a tradução não parece adequada ao sentido da reflexão do autor, o qual buscou indicar como a carência das duas primeiras se refere mais a uma "insegurança existencial", enquanto a questão da "segurança pública" ou das ameaças mais propriamente voltadas à integridade física individual se vincula à dimensão em inglês dita *safety*, o que em português não fica claro com o uso da palavra "garantia". Bauman, em seguida, fez questão de valorizar a particularidade de cada termo falando em "insecure security", "uncertain certainty" e "unsafe safety", traduzidas porém, respectivamente, como "segurança incerta", "certeza dúbia" e "garantia insegura". Vale comparar o sentido do texto com a edição original, em: BAUMAN, Zygmunt. *In search of politics*. Cambridge: Polity Press, 1999. p. 17 e ss.

rede protetiva, que é muito ampla: "A insegurança moderna não seria a ausência de proteção, mas sim o seu inverso, sua sombra levada sobre um universo social organizado em torno a uma busca sem fim por proteção ou uma intensa procura por segurança (...). A própria busca por proteção é que estaria a criar a insegurança".[10]

Dentre todos os componentes e fontes de insegurança, portanto, é o medo enquanto elemento negativo que parece ser o único componente com efetiva capacidade de mobilização das pessoas e de produção de efeitos decisivos na dimensão político-eleitoral. Não se trata, porém, de "qualquer medo", e sim do "medo do crime", o fator precípuo de sua politização.

Por isso, o tema da construção social da insegurança tem sido cada vez mais valorizado como objeto específico de estudo, especialmente desde a década de 60.[11] Elemento até então presente apenas nos círculos privados, ele emerge como problema político em si,[12] dentre outras razões, por ser capaz de aproximar governo e população, apelando ao seu conteúdo moral de culpa e exigência de punição.

A politização da insegurança, através do medo do crime, é o tema da seleção política e cultural de um risco, dentre tantos, ou de um problema, dentre muitos outros: não se tem a mesma intensidade, por exemplo, no trato de problemas como doenças cardiovasculares ou acidentes de trânsito, mesmo se em dado período vitimarem mais pessoas que a criminalidade.[13] O ponto é que falar em medo é tratar de um sentimento e uma percepção eminentemente individual; logo, é tratar da dimensão subjetiva da insegurança e que a define em sua essência. Afinal, a insegurança objetiva enquanto risco "real" de viti-

10. CASTEL, Robert. *L'insécurité sociale: Qu'est-ce qu'être protégé?*, p. 6: "L'insécurité moderne ne serait pas l'absence de protections, mais plutôt leur envers, leur ombre portée dans un univers social qui s'est organisé autour d'une quête sans fin de protections ou d'une recherche éperdue de sécurité. (...). La recherche des protections créerait ainsi elle-même de l'insécurité".

11. Para uma revisão bibliográfica da literatura em língua inglesa, v. HALE, Chris. Fear of crime: a review of the literature. *International Review of Victimology* 4/79-150, 1996; na Itália e França, v. VIANELLO, Francesca; PADOVAN, Dario. Criminalità e paura: la costruzione sociale dell'insicurezza. *Dei Delitti e Delle Pene*, vol. VI, 1-2. Bari: Ed. Scientifiche Italiane, 1999. p. 247-286; no Brasil, v. CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. p. 27 e ss., entre outros.

12. SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Marcia Pereira; FRIDMAN, Luis Carlos. *Matar, morrer, "civilizar": o "problema da segurança pública"*. p. 8.

13. Sobre, v. GLASSNER, Barry. *Cultura do medo*. São Paulo: Ed. Francis, 2003.

mização é uma categoria com a qual se não pode contar, senão apenas para se indicar sua não linearidade para com a categoria da insegurança subjetiva.

É o que demonstram as investigações empíricas,[14] demonstrando não haver qualquer linearidade entre a probabilidade "objetiva" de vitimização em determinado contexto e o sentimento maior ou menor de insegurança – a percepção individual dos riscos – da população do mesmo local. Em outras palavras, não há relação direta entre as alterações nas taxas de criminalidade e a percepção subjetiva de insegurança, sendo esta o produto de uma construção social bastante complexa dentro da qual o risco real de vitimização, seja qual for, ocupa um papel relativamente marginal.[15]

A busca de correlações entre variáveis como medo do crime, segurança e taxas de vitimização apresentaram resultados de incongruência entre as taxas de vitimização obtidas e a percepção individual de insegurança dos cidadãos[16] (sobre o Brasil, v. ponto seguinte), mostrando que esta na verdade se condiciona a fatores diversos e extremamente subjetivos, que podem ser, por exemplo,

14. Vale transcrever parte da conclusão de um dos mais originais e importantes trabalhos sobre o tema, após a elaboração e análise de diversas equações combinando variáveis como medo do crime, taxas reais de vitimização e exposição a situações de risco: "A model was specified to show an interrelationship between crime, safety and fear of crime. Analysis of this model implied: (a) that an inverse relationship between fear of crime and the usual measured victimization rate can occur which is caused by rational behavioral responses to crime and (b) that the real victimization rate and the measured victimization rate can be inversely related. The implications for result (a) are that we should not cavalierly interpret fear of crime as an irrational response and that we should look to behavioral responses to fear of crime as well to the causes of the fear of crime – in relating fear of crime data to the usually measured crime data. The implication for result (b) is that reported victimization rates may not be measuring safety (from crime) in a uniform way. Increases in measured victimization rates may indicate that an area or population group is safer, not less safe"; cf. BALKIN, Steven. Victimization rates, safety and fear of crime. *Social Problems*. p. 357.

15. VIANELLO, Francesca; PADOVAN, Dario. Criminalità e paura: la costruzione sociale dell'insicurezza. *Dei Delitti e Delle Pene*. p. 249-50; PAVARINI, Massimo. Bisogni di sicurezza e questione criminale. *Rassegna Italiana di Criminologia*. p. 440.

16. BALKIN, Steven. Victimization rates, safety and fear of crime. *Social Problems*. p. 343 e ss.; no mesmo sentido, HALE, Chris. Fear of crime: a review of the literature. *International Review of Victimology* 4/131: "Fear appears to be only weakly related to victimisation experience. However, indirect information about crime, from word of mouth of the media, where it concerns events in the local neighbourhood happening to people with whom the recipient feels sobre affinity may have an impact".

a percepção individual sobre a própria vulnerabilidade em dado contexto e situação, ou mesmo a mudança do que se tem como objeto de temor.

Uma interessante conclusão a que chegaram pesquisadores sobre o tema, não obstante situados em contextos absolutamente diversos,[17] foi que há um elemento comum nos mecanismos de produção de insegurança subjetiva compartilhado por todas as classes sociais e que seria a produção de instabilidade na rotina, ou seja, acontecimentos que interferem nos afazeres diários e hábitos cotidianos.

Questiona-se, pois, o que interessa mais à administração da segurança pública, de um ponto de vista político-eleitoral: a diminuição dos riscos reais de vitimização em determinada área ou a redução do sentimento de insegurança da população? Pondera-se, em conclusão bastante óbvia, que não interessa a um político a redução dos índices de criminalidade em um bairro ou região se as pessoas não se sentem efetivamente mais seguras.[18] A fissura entre a gestão governamental da criminalidade registrada e a demanda social por segurança, visto que esta não decorre (mecanicamente) daquela, produz uma necessidade sempre insatisfeita, à qual podem corresponder reações indesejadas como o aumento da demanda por mais repressão e o fortalecimento de um direito penal meramente simbólico,[19] por um lado, e a gradual "privatização" da segurança "pública", por outro.

3. O MEDO DO CRIME NO BRASIL (PNAD 2009)

Os resultados da pesquisa recentemente divulgada pelo IBGE[20] sobre vitimização e acesso à Justiça no Brasil constituem rico material para a reflexão

17. Como por exemplo no Brasil e em Itália e França, respectivamente: SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falas desses temas? *Sociedade e Estado*. p. 573; VIANELLO, Francesca; PADOVAN, Dario. Criminalità e paura: la costruzione sociale dell'insicurezza. *Dei Delitti e Delle Pene*. p. 247-9.

18. Sobre, PAVARINI, Massimo. Perché correre il rischio della prevenzione. *Sicurezza e Territorio*. p. 28.

19. ALBRECHT, Peter-Alexis. La politique criminelle dans l'État de prévention. *Déviance et Société*, vol. 21, n. 2, p. 127; PAVARINI, Massimo. Bisogni di sicurezza e questione criminale. *Rassegna Italiana di Criminologia*. p. 439. Sobre o tema, v. também: AROCENA, Gustavo. *Inseguridad urbana y ley penal: el uso político del derecho penal frente al problema real de la inseguridad ciudadana*. Córdoba: Alveroni Ed., 2004.

20. BRASIL. *Características da vitimização e do acesso à Justiça no Brasil (Pesquisa nacional por amostra de domicílios)*. Rio de Janeiro: IBGE, 2009.

crítica. Não faltam constatações sobre a carência desse tipo de investigação, e por isso mesmo os dados produzidos merecem a atenção. Pode-se mencionar apenas duas pesquisas de alcance amplo de vitimização já realizadas, abrangendo toda a extensão do País: em 1988 e esta, de 2009. Além delas, há alguns trabalhos de recorte localizado como, por exemplo, aquelas conduzidas em favelas cariocas na última década.[21]

Os limites inerentes a qualquer manejo científico de estatísticas criminais são amplamente conhecidos, e mormente no Brasil onde há um sistema precário de coleta de dados, que chega a se diferenciar conforme a unidade da federação e congrega fontes diversas, como órgãos ligados à gestão da segurança pública e órgãos de saúde. As objeções à utilização de estatísticas oficiais enquanto referência para aferição do aumento ou diminuição da criminalidade real são definitivas,[22] já que se indica tão somente o aumento ou diminuição do número de registros de ocorrências pelas autoridades policiais,[23] o que pode ocorrer por diversos fatores, tais como a propensão à denúncia por parte das vítimas ou mesmo por conta de mudanças operacionais na própria atuação da polícia.

Logo, a cifra negra é inerente ao funcionamento do sistema de Justiça criminal e coloca em xeque o próprio conceito de insegurança objetiva, cunhado para definir o risco real de vitimização com base no aumento ou na diminuição de determinadas modalidades de delito, em regiões e períodos delimitados.

---

21. Por exemplo, v. a "Pesquisa de vitimização do Rio de Janeiro, relatório técnico", realizada entre 2005 e 2007 em diversas favelas cariocas, a cargo do Núcleo de Pesquisa das Violências, IMS/UERJ e discutida em ZALUAR, Alba; RIBEIRO, Alessandro. The drug trade, crime and policies of repression in Brazil. *Dialectical Anthropology*, vol. 20. Netherlands: Kluwer Academic Publisher, 1995, p. 95-108; e SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas?" *Sociedade e Estado*, vol. 22, n. 3. Brasília: Ed.UnB, 2007, p. 545-591.

22. A bibliografia nesse sentido é vastíssima e remete aos próprios fundadores da chamada "estatística moral", que já haviam notado parcialmente o problema, cf. QUETELET, Adolph. Sur la statistique morale et les principes qui doivent en former la base. *Déviance et Société*, vol. 8, n. 1, p. 19, 1984 [1848]; sobre o tema, v. entre outros ROBERT, Philippe. Les statistiques criminelles et la recherche. Réflexions conceptuelles. *Déviance et Société*, vol. 1, n. 1, p. 3-27, 1977.

23. Evidentemente, a questão é relativa; por exemplo, a cifra negra se reduz quando se trata especificamente dos crimes de homicídio doloso, visto que se pode utilizar e confrontar as estatísticas policiais com aquelas do respectivo Instituto Médico-Legal e demais órgãos vinculados à administração da saúde. Mesmo no caso, porém, não se pode esquecer que muitas mortes, especialmente aquelas devidas à atuação policial ilegal, não são registradas como homicídios.

Buscou-se conferir maior consistência a este tipo de afirmação através da utilização de duas formas alternativas de investigação: as enquetes de vitimização e as enquetes de autodenúncia, que consistem, respectivamente, em questionar as pessoas de determinada região em relação ao número de vezes em que teriam sido vítimas e o número de vezes em que teriam cometido um delito, independentemente de ter sido realizada a denúncia ou o registro do fato.

Sem ignorar as críticas cabíveis, tais procedimentos fornecem um indicativo da existência de uma cifra oculta de grandes proporções. A conclusão mais relevante e significativa, porém, é a da ruptura da noção de linearidade entre insegurança subjetiva e objetiva.

A PNAD ("Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios") de 2009 buscou informações sobre o perfil das vítimas dos crimes de roubo e furto (consumados e tentados), e de agressão física – justamente aqueles que consubstanciam o conceito de "violência urbana" e servem de referencial ao sentimento de insegurança – entre 27.09.2008 e 26.08.2009. Apresentaram-se também questões sobre o sentimento de insegurança e atitudes de prevenção, suas variações conforme o perfil do entrevistado e a busca das razões para o frequente não registro dos fatos junto à polícia. Dos resultados publicados, há muitos pontos que merecem particular atenção, dos quais apenas dois aqui se destacam.

Primeiramente, as inter-relações entre o sentimento de insegurança, o local correspondente (casa, bairro ou cidade) e o perfil socioeconômico indicam variações significativas. De acordo com a média nacional, a sensação de segurança se reduz à medida que a população se afasta de casa; e isso porque 78,6% afirmaram se sentir seguros no domicílio, 67,1% no bairro onde moram e 52,8% na respectiva cidade. Quando se passa a utilizar a variável da renda *per capita*, entretanto, há duas curvas em sentidos opostos:[24] a sensação de segurança é diretamente proporcional à renda quando se trata da própria casa e inversamente proporcional quando se está a falar da cidade. Entre os brasileiros com renda *per capita* domiciliar inferior a ¼ do salário-mínimo, a sensação de segurança em casa é de 77,8% e na cidade atinge 60,9%, enquanto entre os mais ricos – com renda *per capita* de cinco salários mínimos ou mais – o índice dos que se sentem seguros em casa foi de 82,8% e na cidade de apenas 41,4%.

Também na enquete de vitimização realizada em diversas favelas cariocas entre 2005 e 2007, verificou-se em áreas consideradas de maior risco e violên-

24. BRASIL. *Características da vitimização e do acesso à Justiça no Brasil*. cit., p. 45.

cia um alto nível de respostas indicando como "muito boa" a convivência entre vizinhos e o alto tempo médio de residência no local.[25]

Mas o fato de a percepção de insegurança se apresentar mais alta em bairros e regiões com taxas de vitimização e criminalidade registrada muito menores é um paradoxo apenas aparente. É justamente sobre a erosão da ideia de comunidade que se legitima a militarização da segurança pública e o fortalecimento da segurança privada, representadas pelas classes média e alta como medidas necessárias à sua "defesa" em face da "barbárie" que vem da periferia. Constata a PNAD quando compara a utilização de dispositivos de segurança privada[26] conforme a renda *per capita*: no caso do item "segurança privada e/ou cancela", por exemplo, o índice de utilização ficou em torno a 18,1% entre aqueles com renda de 2 salários-mínimos ou mais, enquanto o segundo maior constatado foi de somente 5,2%, entre aqueles com renda entre um e dois salários-mínimos.[27]

Sempre descontentes com a ineficiência policial e administrativa, interpretadas como causa única de seu sentimento de insegurança, os setores mais abastados tem se comportado de maneira similar no Brasil e no exterior,[28] promovendo o próprio isolamento por trás dos muros de condomínios fechados e bairros cercados – os "enclaves urbanos fortificados" – sob a tutela de tais serviços de segurança privada, constituindo o que se tem denominado dinâmicas de auto segregação das elites.[29]

Em segundo lugar, por fim, nota-se uma nítida diferenciação qualitativa de classe na vitimização. Muitos já haviam registrado com consistência a verifi-

25. ZALUAR, Alba; RIBEIRO, Alessandro. The drug trade, crime and policies of repression in Brazil. *Dialectical Anthropology*. p. 105.

26. Vide trecho do relatório da PNAD: "Com base nas respostas, formaram-se oito conjuntos de dispositivos: 1. Grade na janela/porta; 2. Olho mágico, abertura na porta, corrente no trinco da porta ou interfone; 3. Cerca eletrificada, muro ou grade com mais de 2 metros de altura ou com cacos de vidro ou arame farpado, e/ou alarme eletrônico; 4. Fechaduras extras e/ou barras na porta/janela contra-arrombamento; 5. Cachorro; 6. câmera de vídeo; 7. Segurança privada e/ou cancela; e 8. Outro mecanismo de segurança", cf. BRASIL. *Características da vitimização e do acesso à Justiça no Brasil*. cit., p. 45.

27. BRASIL. *Características da vitimização e do acesso à Justiça no Brasil*. cit. p. 48.

28. V. a experiência de Los Angeles, em: DAVIS, Mike. *Cidade de quartzo*. São Paulo: Boitempo, 2009.

29. Para um estudo sobre tais dinâmicas na Cidade de São Paulo, v. CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. cit., p. 211-340.

cação de mudanças qualitativas no perfil da criminalidade registrada durante o século XX, com o aumento daquela denominada predatória ou patrimonial – ou "de rua", simplesmente – e a diminuição dos crimes contra a vida.[30] O que fica explícito com a PNAD, para além disso, é que a curva de vitimização ascende conforme o perfil socioeconômico, no caso de crimes contra o patrimônio, e decresce conforme o mesmo critério, no caso de agressões físicas[31] – sem falar nos homicídios e lesões decorrentes de violência policial, que atingem sobretudo os bairros mais carentes. Vale destacar ainda que, entre as pesquisas de 1988 e 2009, há um aumento significativo de mulheres e de pessoas negras ou pardas entre as que declararam ter sido vítimas de algum dos crimes mencionados.[32] A seletividade do sistema penal é também, afinal, uma seleção vitimizante,[33] como já observara Zaffaroni/Alagia/Slokar, e a privatização dos meios de prevenção torna a segurança um "bem de consumo" disponível aos que podem pagar: o Estado, por sua vez, acaba servindo de protetor de uma parcela bastante reduzida da população. Não à toa, sabe-se que também varia o "objeto" do medo, na medida em que moradores das regiões periféricas das grandes cidades temem, em primeiro lugar, abusos por parte da própria polícia,[34] enquanto moradores de classe média e alta temem o estereótipo do habitante da periferia.

4. MEDO DO CRIME E VIOLÊNCIA URBANA NA CRIMINOLOGIA

O debate contemporâneo sobre segurança pública não prescinde, e se deixa condicionar, por alguns pressupostos, dentre os quais aquele segundo o qual seria o aumento da violência urbana e da criminalidade "de rua" o principal

30. CALDEIRA, Teresa; HOLSTON, James. Democracy and Violence in Brazil. *Comparative studies in society and history*. p. 696; ROCHÉ, Sebastian. *Sociologie politique de l'insécurité*. p. 13 e ss.

31. BRASIL. *Características da vitimização e do acesso à Justiça no Brasil*. cit. p. 49 e ss. Comparar gráficos 12 e 20, nas p. 51 e 55, respectivamente.

32. Comparar gráficos cf. BRASIL. *Características da vitimização e do acesso à Justiça no Brasil*. cit. p. 66 e ss.

33. ZAFFARONI, Ernesto Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. p. 15.

34. Nesse sentido, v. o trabalho de pesquisa que entrevistou 150 habitantes de 45 favelas do Rio de Janeiro, constatando-se a quase unânime responsabilização da polícia pelo sentimento de medo cotidiano, cfr. SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falas desses temas? *Sociedade e Estado*. p. 557.

motor de produção de insegurança nas grandes cidades: hoje, mais do que nunca, a questão securitária é redefinida como questão urbana.[35] Uma leitura meramente descritiva e acrítica dos dados expostos nas pesquisas de vitimização referidas leva exatamente a esse tipo de interpretação e às abordagens tradicionais acerca da violência urbana.

A questão urbana – e seus excedentes incômodos, criminalizados ou não – é um tema inafastável do próprio surgimento do capitalismo industrial, dando origem, no debate criminológico, à "sociologia da vagabundagem" na Europa do século XIX[36] e à sociologia criminal, de matriz norte-americana, no início do século XX. Nesse sentido surgiram, em torno à Universidade de Chicago, as teorias ecológicas, mantendo a perspectiva etiológica porém se voltando sobre o meio, e não apenas sobre o indivíduo, tomando a cidade como ambiente sujeito às mesmas regras do equilíbrio natural e identificando como causas do comportamento desviante as características de desorganização e degradação social de determinadas zonas da cidade.[37]

Pouco mais tarde, em sentido bastante diverso, o pensamento funcionalista norte-americano apresentou sua mais famosa teorização na dimensão criminológica com a teoria da anomia de Robert Merton, segundo a qual o comportamento desviante seria essencialmente um defeito de socialização e corresponderia a uma determinada forma de adaptação individual à discrepância existente entre as metas fixadas para todos e os meios legítimos disponíveis apenas para alguns; nas palavras do autor, entre estrutura cultural e estrutura social.[38]

Tratam-se de teorias cunhadas no contexto especificamente norte-americano e que prevaleceram durante o século XX tanto no discurso sociológico, enquanto hipóteses de explicação causal da criminalidade remetendo a fatores de ordem socioeconômica, como no discurso jurídico, pela ideologia do correcionalismo penal. Sob o mesmo panorama é que se abriu espaço para um novo discurso e retórica fundados na prevenção, especialmente aquela de tipo

35. PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*. p. 116.

36. Vide, por exemplo: FRÉGIER, H.-A. *Des Classes Dangereuses de la Population dans les Grandes Villes et Des moyens de les rendre meilleures*. Paris: Libraire de L'Académie Royale de Médecine, 1810; CHEVALIER, Louis. *Classes Laborieuses et Classes Dangereuses a Paris pendant la Première Moitie du XIXe Siècle*. Paris: Librairie Plon, 1958.

37. Nesse sentido, v. PARK, Robert. The City: Suggestions for the Investigation of Human Behavior in the City Environment. *American Journal of Sociology*, vol. 20, n. 5, p. 577-612. Chicago: University of Chicago Press, 1915.

38. MERTON, Robert. Social Structure and Anomie. *American Sociological Review* 3/5, 1938, p. 672-682.

social,[39] tudo de forma absolutamente coerente para com os ideais inclusivos do *Welfare State*.

A partir das décadas de 70 e 80, exatamente quando o liberalismo cultural e os movimentos de reinvindicação de direitos civis e liberdade de expressão produziram, nos EUA e na Europa, o ambiente propício ao surgimento da criminologia crítica e radical, tornou-se paulatinamente prevalente, no plano político-econômico, um conjunto de ideias contrárias à intervenção do Estado e em prol da radicalização do livre mercado, o que se deu contemporaneamente ao aumento das taxas de criminalidade registrada relativas à violência urbana.

Foi neste momento, portanto – o momento de declínio do Estado de Bem-Estar Social nos países centrais – que o tema da "segurança pública" começa a ganhar efetivamente espaço, como um problema em si, na agenda política.[40] No Brasil, onde o primeiro dado a se levar em conta é justamente a inexistência de um Estado de Bem-Estar ou mesmo democrático e de direito durante a maior parte do século XX, a redemocratização com a Constituição de 1988 encerrou um discurso de ordem fundado na "segurança nacional" que veio a ser rapidamente substituído por aquele da "segurança urbana".

Paradoxalmente, a percepção subjetiva de insegurança e a própria violência institucional exercida contra os cidadãos – além da violência individual tradicionalmente objeto das atenções[41] – aumentaram após o fim da ditadura militar, o que já levou a se falar na situação brasileira como uma democracia disjuntiva, na qual o componente civil da cidadania restaria enfraquecido a ponto de se permitir a coexistência de democracia política e violência estatal contra os cidadãos.[42]

O papel exercido pelo medo do crime nesse sentido é central: a emergência da questão securitária a partir do "pânico social" em torno à violência urbana

39. Por todos, v. GARLAND, David. *Punishment and Welfare*, p. 161 e ss.

40. A dimensão repressiva do Estado é a única, justamente, "preservada" pelo discurso neoliberal; sobre, v. ARGÜELLO, Katie. Do Estado Social ao Estado Penal: invertendo o discurso da ordem. In: BITTAR, Walter (org.). *A criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 119-144.

41. Sobre o crescimento da criminalidade denominada "violenta" nas grandes cidades brasileiras, com todas as ressalvas ao manejo das estatísticas oficiais, v. entre outros CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. cit. p. 101-134; ADORNO, Sérgio. Exclusão socioeconômica e violência urbana. *Revista Sociologias* 8/84-135. São Paulo: Ed. USP, 2002.

42. CALDEIRA, Teresa; HOLSTON, James. Democracy and Violence in Brazil. *Comparative studies in society and history*. p. 715 e ss. Da mesma autora, sobre a violência policial em São Paulo, v. CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. cit. p. 135-207.

exigiu e provocou respostas no debate criminológico, repercutindo e configurando o debate contemporâneo sobre as próprias concepções de políticas de segurança pública e de prevenção.

O tratamento do tema sob um viés "de esquerda" ou progressista, em primeiro lugar, revelou-se sempre bastante delicado.[43] Afinal, a criminologia crítica surgiu como investigação da reação social e sua construção a partir das relações de poder fundadas nas relações materiais de produção, por meio dos processos de criminalização, e não para buscar novas explicações causais sobre qualquer tipo de comportamento. A questão desde sempre provocou controvérsias internas na criminologia marxista, já se chegando a dizer que a criminalidade de rua diria respeito a uma classe despolitizada e antirrevolucionária (o *lumpenproletariado*), questionando-se inclusive a própria possibilidade de aplicação, no caso, dos conceitos do materialismo histórico enquanto criminologia.[44] Com viés mais propositivo, a melhor expressão de uma interpretação marxista da criminalidade de rua talvez seja aquela de Tony Platt e Juarez Cirino dos Santos, expoentes da criminologia radical nos EUA e no Brasil, respectivamente, e segundo quem o "ladrão" e a "violência individual' consubstanciados nos atentados ao patrimônio seriam consequência das desigualdades e violências estruturais próprias do modo de produção capitalista.[45]

---

43. PAVARINI, Massimo. Perché correre il rischio della prevenzione. *Sicurezza e Territorio*. p. 27.Vale v. as considerações críticas de SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general*. p. 44-5: "esse híbrido – preocupação com segurança e adesão a valores de esquerda – seria uma espécie de contradição em termos e se auto-anularia, do ponto de vista da lógica classificatória. Claro que esse modelo analítico é pobre e primário. Mas seu reducionismo é sintomático. Expressa, provavelmente, a pobreza e o primarismo dos próprios posicionamentos políticos frente à segurança pública".

44. Segundo Paul Hirst, a estrutura conceitual do marxismo e o objeto de estudo da criminologia seriam incompatíveis, pois "crime" e "comportamento desviante" não fariam parte de suas preocupações teóricas. A posição de Marx e Engels, segundo Hirst, seria a de entender as *classes criminosas* como *forças reacionárias*, na medida em que o lumpenproletariado seria uma "classe parasita" a qual, vivendo através do furto e da mendicância, teria interesses opostos ao das classes trabalhadoras; cf. HIRST, Paul. Marx e Engels: sobre direito, crime e moralidade. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (org.). *Criminologia crítica*. p. 250 e ss.

45. PLATT, Tony. "Street" Crime: a view from the left. *Crime and Social Justice*. Berkeley, 1978. p. 26-34; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. p. 79: A *violência primária* (estrutural e institucional) "explica a violência pessoal (secundária e condicionada), como reações individuais de sujeitos obrigados a viver em condições sociais adversas, respondendo, irracionalmente, às frustrações e fúrias contidas ao longo da experiência de vidas

Sob outra perspectiva, e já na década seguinte, o movimento do "realismo de esquerda" foi fundado por criminólogos críticos ingleses que buscavam realizar uma revisão crítica de suas próprias origens, diferenciando-se do que eles mesmos denominaram criminologia "idealista de esquerda". Esta teria cometido o erro de ignorar o problema da criminalidade urbana, o que, principalmente pelo fato de se tratarem de conflitos de "pobres contra pobres, vizinhos contra vizinhos",[46] teria esvaziado a sua legitimidade política e aberto caminho para os "novos realistas" de direita.

Com palavras de ordem como "radicais na análise, realistas na política" e defendendo que se "levasse o delito a sério", Jock Young e John Lea, entre outros, apresentaram um modelo explicativo – retornando à etiologia – de inspiração claramente mertoniana, atribuindo à privação relativa, enquanto frustração no acesso aos bens oferecidos pela sociedade de consumo, o fator principal de impulsão da criminalidade patrimonial urbana.[47]

Por fim, cabe destacar o ideário que foi e tem sido hegemônico na dimensão propriamente político-criminal, não obstante serem justamente essas as teorias de menor consistência acadêmica (por isso também chamadas criminologia administrativa):

Em uma cultura saturada por imagens do crime e pelo medo do crime, a criminologia já não pode esperar dominar as maneiras pelas quais tais temas são analisados. Mesmo dentro da academia, a criminologia se torna somente uma das muitas formas pelas quais a questão criminal é discutida. (...). Governos

penosas, que os castiga e violenta permanentemente, antes e independentemente da comissão de quaisquer ações definidas pelo poder político como crime". Mais recentemente, Caldeira afirmou: "Não são os indicadores de crise econômica, taxas de desemprego, urbanização ou até os gastos do Estado com segurança pública que devemos observar para entender a violência contemporânea. Ao contrário, temos de considerar o funcionamento cotidiano das instituições da ordem, o padrão continuado de abusos por parte dos forças policiais e seu desrespeito aos direitos, e a rotina de práticas de injustiça e discriminação"; cf. CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. cit. p. 207.

46. Mas Tony Platt já havia constatado que o "*street crime*" é um fenômeno primordialmente "intra-classe" e "intra-racial"; cfr. PLATT, Tony. "Street" Crime: a view from the left. *Crime and Social Justice*. Berkeley, 1978. p. 29.

47. LEA, John; YOUNG, Jock. *Que hacer con la ley y el orden?*. p. 5-7. Em sentido similar, mais recentemente outros autores têm relacionado a delinquência à cultura individualista, em função do aumento do número de bens "a se roubar", definindo a criminalidade contemporânea como uma espécie de consumismo; cfr. ROCHÉ, Sebastian. *Sociologie politique de l'insécurité*. p. 68.

nem sempre escutam a razão, e certamente não apenas à razão criminológica. Governos operam em um contexto que é definido pela racionalidade instrumental, mas também por emoções e valores, demandas insistentes e imperativos políticos.[48]

A reação conservadora dos chamados "novos realistas" tomou a cena – e a ação política – em todo o mundo ocidental, sob a influência de Estados Unidos e Inglaterra. Como premissa, interpreta-se a criminalidade de rua como resultado de *déficits* individuais e culturais, retomando concepções patológicas do comportamento individual.[49] O pensamento de Charles Murray é emblemático nesse sentido: segundo o autor, as razões do aumento da violência nas últimas décadas do século XX estariam na desconstrução da concepção de família heterossexual convencional por meio do excessivo liberalismo cultural típico do *Welfare State* e a imoralidade dos "novos valores" emergentes a partir da década de 70. Sua visão do crime patrimonial é expressa por sua famosa teoria segundo a qual o crime de roubo é um comportamento típico de uma população biologicamente diversa daquela "respeitadora das leis", com um quociente de inteligência menor do que a média da população.[50]

Diferenciando os trabalhadores "respeitáveis" dos "não respeitáveis", Murray denomina estes últimos, que não respeitam as leis e os valores da família e do trabalho, como *underclass*, retornando à velha noção de "classe perigosa". Em sentido similar James Wilson, outro importante autor ligado à extrema direita norte-americana (autor dos *best-sellers "Thinking about crime"* e *"Crime and Human Nature"*, este em parceria com Richard Herrnstein), interpretava, ainda no final da década de 60, o aumento da violência urbana:

48. Sobre, v. GARLAND, David; SPARKS, Richard. Criminology, social theory and the challenge of our times. *British Journal of Criminology* 40/200-1: "In a culture that is now saturated with images of crime and fear of crime, criminology can no longer hope to dominate the ways in which these issues are analysed. Even within the academy, criminology becomes only one of many settings in which crime is discussed. (...). Governments do not always listen to reason, and certainly not only to criminological reason. They operate within a context that is defined by instrumental rationality but also by emotions and values, insistent demands and political imperatives".

49. HALLSWORTH, Simon. *Street Crime*. p. 67 e ss.

50. Em suas palavras: "Among the most firmly estalished facts about criminal offenders is that their distribution of IQ scores differs from that of the population at large. Taking the scientific literature as a whole, criminal offenders have average IQs of about 92, eight points below the mean. More serious or chronic offenders generally have lower scores than more casual offenders", cf. HERRNSTEIN, Richard; MURRAY, Charles. *The Bell Curve*. p. 235.

Outra possibilidade é que estamos, de fato, em maior perigo, porque facilitamos às pessoas das classes inferiores (o crime comum é, conforme diriam os sociólogos, fortemente e inversamente relacionado ao *status* socioeconômico) seu livre movimento pela cidade. (...). Agora, a fuga [das elites] para os subúrbios tornou mais fácil às classes baixas encontrarem alojamento em várias partes da cidade; o automóvel tornou possível que vivam a certa distância de seu trabalho (e, é claro, que fujam mais rapidamente da cena do crime); e a polícia tem sofrido intensa pressão para tratar a todos de forma igual – o que significa, neste caso, não prender alguém claramente suspeito até que tenha cometido um crime. Na medida em que membros da classe baixa se espalharam pela cidade, o crime se espalhou pela cidade.[51]

Assim é que foi fornecida a base ideológica para a conseguinte elaboração das políticas de lei e ordem e tolerância zero, dentre as quais se destaca a *broken windows theory* (teoria das janelas quebradas),[52] segundo a qual a redução da criminalidade se daria com o combate à desordem e à degradação urbanas, através da severa repressão para com os pequenos delitos e incivilidades.[53]

Governar não "o crime", mas "através do medo do crime", foi uma expressão feliz encontrada por Jonathan Simon[54] para descrever as tendências da política norte-americana após o atentado em 11 de setembro, descrevendo criticamente

51. WILSON, James. "Crime in the Streets". *The Public Interest*, n. 5, p. 29: "Another possibility is that we are indeed in greater jeopardy, because we have made it easier for lower class persons (common crime is, as the sociologists would have it, strongly and inversely correlated with socio-economic status) to move freely about the city. (...). Now the flight to the suburbs has made it easier for the lower classes to find housing in many parts of the city; the automobile has made it possible for them to live some distance from where they work (and, of course, to flee more swiftly from the scene of a crime); and the police have been under strong pressure to treat everyone equally – which means, in this case, not to arrest a suspicious looking character until *after* he has committed a crime. As lower class people have spread out through the city, crime has spread out through the city".

52. Por todos, v. WILSON, James.; KELLING, George. Broken windows: the police and neighborhood safety. *The Atlantic Monthly*, n. 3, Washington: Atlantic Media Company, 1982; considerado o trabalho "fundador" da teoria. Destaca-se que a revista em questão é um periódico de cultura e informações gerais como muitos outros, sem caráter acadêmico. O texto está disponível em seu site: [www.theatlantic.com].

53. Para a crítica, v. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?. *Revista de Estudos Criminais* 11/23-29. Rio de Janeiro: Notadez Ed., 2003.

54. SIMON, Jonathan. *Governing through crime: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

os meios pelos quais a retórica da guerra ao crime e ao terror fornecem legitimidade e conteúdo para o exercício do poder, não apenas no âmbito jurídico mas também nas relações domésticas, trabalhistas e educacionais. No Brasil e sua história, o "medo do crime" parece ter sido sempre instrumentalizado como recurso político de legitimação do extermínio. Por outro lado, é inegável que a percepção subjetiva de insegurança, especialmente nas grandes cidades brasileiras, é altíssima, não sendo possível sustentar que tal sentimento não guarda qualquer fundamento na realidade. É claro, por exemplo, que as pessoas têm medo de sair às ruas à noite porque há um risco considerável de vitimização. O que se está a dizer, porém, é que não é este risco o produtor direto de tal insegurança, que é inerentemente subjetiva, existindo sim mecanismos difusos de construção de um imaginário através do qual se governa através do medo e tudo passa a ser socialmente reconstruído segundo a ótica da segurança.

5. SOBRE A "NOVA PREVENÇÃO"

O debate sobre segurança pública nas últimas décadas, em todo o mundo ocidental, tem se pautado por uma nova retórica fundada na prevenção, de forma mais ou menos complementar ao apelo à repressão. Em um sentido geral, pode-se definir por políticas públicas de segurança como o conjunto de disposições legislativas e regulamentares adotadas para gerir a questão da segurança, além das ações ou políticas públicas implantadas pelas administrações locais ou nacionais, os administradores em si ou em parceria com outros parceiros de mercado. Elas se dirigem aos autores de violência, mas também às vítimas e à opinião pública.[55]

"Prevenção", porém, é um termo tão plúrimo de significados quanto indistintamente utilizado. Trata-se aqui de uma noção desvinculada das finalidades declaradas da pena criminal, de prevenção geral e especial, positiva ou negativa; assim como das modalidades de prevenção da criminalidade *ante delictum* fundadas na presunção de periculosidade do indivíduo. A "nova prevenção" de que se fala consiste no "total das iniciativas privadas e políticas estatais, que não a aplicação do direito penal, com o objetivo de reduzir o dano causado por

55. ROCHÉ, Sebastian. *Sociologie politique de l'insécurité*. p. 157-8: "l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires prises pour gérer le champ de la sécurité, ainsi que des actions ou programmes publics mis en ouvre par les élus locaux et nationaux, les administrations seules ou en partenariat avec d'autres partenaires associatifs ou marchands. Elles s'adressent aux auteurs de violence, mais aussi aux victimes et à l'opinion publique".

atos definidos como criminais pelo Estado",[56] mas incluindo também comportamentos considerados problemáticos não tipificados.

Ressalva-se, desde logo, ser um discurso ideologicamente ambíguo e nebuloso, que pode tanto servir a políticas de segurança reacionárias e autoritárias como a experiências de caráter progressista – postas em prática, com maior ou menor sucesso, em vários países europeus[57] – que não podem ser postas de lado. Podem, ainda, fazer parte de plataformas políticas opostas, na retórica, mas que acabam se aproximando quando a matéria é segurança pública.[58]

A prevenção, enfim, nos moldes colocados, poderá ser de tipo situacional ou social. Será situacional quando o objetivo for tornar mais difícil o cometimento do ato desviante, através do desincentivo ao autor e o reforço da proteção das potenciais vítimas; e será de tipo social quando buscar modificar as causas (sociais, culturais, econômicas) dos processos de criminalização e vitimização. A prevenção integrada, por fim, é constituída com a combinação de elementos de ambas, como se verá.

a) Prevenção situacional

As políticas de prevenção situacional visam retirar do foco a preocupação tradicional com as "causas do crime" enquanto comportamento individual, de-

56. VAN DIJK, Jan J. M.; WAARD, Jaap de. A Two-Dimensional Typology of Crime Prevention Projects; With a Bibliography. *Criminal Justice Abstracts*. p. 483: "the total of all private initiatives and state policies, other than the enforcement of criminal law, aimed at the reduction of damage caused by acts defined as criminal by the state". Em sentido similar v. PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*. p. 24: "Prevenzione riguarda tutta una serie di atteggiamenti e pratiche, sia individuali che sociali, volti a diminuire la probabilità che certi eventi dannosi accadano"; e também PAVARINI, Massimo. Vivere una città sicura: idee per un progetto di prevenzione integrata in un quartiere cittadino. *Sicurezza e Territorio*. p. 11-2: "le azioni volte a ridurre la frequenza di alcune condotte devianti, siano esse definite o meno come criminali, proponendo soluzioni diverse dal ricorso al sistema della giustizia penale".

57. Sobre as experiências e reflexões em âmbito europeu, vale v. a edição especial dedicada ao tema Governare la sicurezza: attori, politiche e istituzioni in Europa. *Dei Delitti e Delle Pene*, n. 1-2-3, Bologna: Ed. Scientifiche Italiane, 2002. Para trabalhos brasileiros sobre o tema, v. DIAS NETO, Theodomiro. *Segurança Urbana: o modelo da nova prevenção*. São Paulo: Ed. RT, 2005; e ainda ZACKSESKI, Cristina Maria. *Políticas integradas de segurança urbana: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua*. Dissertação. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 1997.

58. Para uma comparação e verificação da proximidade política, na questão, entre governos de retórica progressista, em França, e explicitamente conservadora, na Inglaterra, v. ROCHÉ, Sebastian. *Sociologie politique de l'insécurité*. p. 225 e ss.

fendendo, em seu lugar, a atuação sobre as situações tidas como determinantes para que o crime possa ocorrer.

Formulada e prevalente no Reino Unido, especialmente por proposta dos setores políticos mais conservadores, tais políticas se difundiram por todo o mundo visando, por um lado, reduzir oportunidades para o cometimento de atos "de incivilidade", estejam tipificados como crimes ou não, e por outro, aumentar os riscos para quem os comete, tomando por pressuposto, como se vê, um modelo fundado na "escolha racional".[59]

Traço característico é a centralidade atribuída à vítima e aos processos de vitimização, reconstruindo-se cada um de nós como vítimas em potencial, generalizando, para todos, uma condição de vulnerabilidade e fragilidade antes reservada apenas às mulheres.[60]

Na modalidade tecnológica, busca-se elevar a segurança de uma determinada região através do incremento de dispositivos de vigilância, por exemplo com a presença ostensiva da polícia, com a instalação de mecanismos de vigilância eletrônica e alarme ou simplesmente com a iluminação adequada de uma rua. O primeiro problema apontado é a impossibilidade material de sua realização plena,[61] visto que é possível apenas em uma determinada região e em determinado período de tempo. Em segundo lugar, tendo em vista a necessidade de seleção de recursos, é comum que se acabe privilegiando uma área ou classe social, vindo a se aumentar a segurança de alguns através da diminuição da segurança de outros. Já em sua concepção participativa, integra-se as pessoas através de Conselhos de Segurança nos bairros, ou mesmo grupos de vítimas reais ou potenciais que se unem contra determinado tipo de criminalidade. Não obstante a participação comunitária seja saudável e necessária em todos os âmbitos, não se pode deixar de notar que muitas vezes se ocultam em tais movimentos indesejadas manifestações de desejo de vingança privada.

É possível dizer que, independentemente do efeito sobre os riscos reais de vitimização, tais políticas produzem um sentimento de maior segurança na comunidade.[62] Mas se a revitalização de espaços públicos através da prestação

59. CLARKE, Ronald V. G. "Situational" Crime Prevention: Theory and Practice. *British Journal of Criminology*, v. 20, n. 2, p. 139 e ss.

60. PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*. p. 54.

61. CLARKE, Ronald V. G. Idem, p. 142; PAVARINI, Massimo. Bisogni di sicurezza e questione criminale. *Rassegna Italiana di Criminologia*. p. 450.

62. PAVARINI, Massimo. Bisogni di sicurezza e questione criminale. *Rassegna Italiana di Criminologia*. p. 451.

de serviços básicos como iluminação e opções de lazer é de todo saudável, não é essa a tônica das formulações originais das políticas de prevenção situacional, fundadas na radicalização do individualismo contemporâneo e voltadas à exacerbação do vigilantismo sobre o espaço urbano.

b) Prevenção social

A prevenção através de ações sociais, também chamadas de tipo social-comunitário, é um típico produto do Estado de Bem-Estar Social e, prevalente em França, afigura-se como a mais coerente a um discurso político progressista. Trata-se, afinal, de investir no atendimento às necessidades básicas da população e na garantia dos direitos fundamentais, aproximando-se da noção de segurança como um "direito" acessório e secundário, privilegiando a "segurança dos direitos"[63] sobre o "direito à segurança".

O principal problema apontado é que tais ações, por sua própria natureza, não têm destinatários individualizados e não são passíveis de verificação quanto aos resultados, acabando por serem inevitavelmente deslegitimadas como insuficientes, exatamente por não serem capazes de produzir, subjetivamente, mais segurança.[64] "Barco que se conserta navegando",[65] a segurança pública não prescinde de respostas imediatas, o que faz da postura restrita à prevenção social um alvo frágil politicamente, por mais acertada e desejável que seja.

c) Prevenção integrada

A ideia da "prevenção integrada" foi apresentada em um importante texto de autores holandeses, no início da década de 90,[66] o qual sugeriu, a partir da

63. BARATTA, Alessandro. Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti? In: ANASTASIA, Stefano; PALMA, Mauro (coord.). *La bilancia e la misura*. p. 22.

64. PAVARINI, Massimo. Bisogni di sicurezza e questione criminale. *Rassegna Italiana di Criminologia*. p. 452.

65. Metáfora usada por Luiz Eduardo Soares, quem, a partir de experiências no governo do Rio de Janeiro (1999-2000) e no Governo Federal (2003), entre outras, vem defendendo uma "terceira via" na segurança pública, construída principalmente sob a bandeira da compatibilização entre eficiência policial e respeito aos direitos humanos, cf. SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general*. p. 48.

66. VAN DIJK, Jan J. M.; WAARD, Jaap de. A Two-Dimensional Typology of Crime Prevention Projects; With a Bibliography. *Criminal Justice Abstracts*, vol. 23, n. 3, p. 483-503, 1991. Sobre a aplicação na Itália, v. PAVARINI, Massimo. Vivere una città sicura: idee

combinação de elementos da prevenção situacional e social, a elaboração de uma série de modalidades de prevenção com base em dois grupos de critérios ou duas diferentes dimensões que se intercruzam.

A primeira dimensão recuperaria uma distinção já utilizada em medicina entre prevenção (a) primária, (b) secundária e (c) terciária, referentes à especificidade dos destinatários e indicando respectivamente políticas dirigidas (a) à generalidade dos cidadãos ou situações, (b) aos grupos ou áreas considerados mais propriamente "de risco" e sujeitos à incidência da criminalidade; e (c) àqueles já incursos em uma sequência de comportamentos desviantes ou de vitimização.

Já o segundo grupo de critérios diferencia a prevenção conforme orientada especificamente (a) aos autores de comportamentos desviantes, (b) às situações/áreas de risco e (c) às vítimas em potencial ou concretas. Combinando-se as duas perspectivas, tem-se nove combinações que compõem o que se chama de políticas de prevenção integrada.[67]

Pressupõe-se, assim como na prevenção situacional, que a configuração de um ambiente favorável à concretização de um comportamento considerado desviante só ocorre se houver a convergência entre determinadas atitudes de autor e vítima. Políticas orientadas aos autores podem ser primárias, quando aplicadas de forma genérica a toda a população – através de campanhas educativas e pela paz, por exemplo –; secundárias quando focadas em um determinado grupo considerado como "de risco", por exemplo através da recuperação de toxico-dependentes; ou terciárias, se voltadas diretamente à readaptação de egressos do sistema prisional, programas com menores infratores, reincidentes em geral, e assim por diante.

Políticas de prevenção orientadas *às* situações ou áreas de risco também podem ser primárias, secundárias ou terciárias conforme se refiram, respectivamente, a uma área genérica, a regiões de risco ou a zonas específicas nas quais já se tenha a incidência de uma alta taxa de criminalidade.

Por fim, a prevenção orientada às vítimas é primária quando se tem por destinatário toda a população tomada como vítima em potencial – exemplo re-

---

per un progetto di prevenzione integrata in un quartiere cittadino. *Sicurezza e Territorio*. p. 12 e ss.

67. Para uma bibliografia inicial recomendada, em língua inglesa, para cada uma das nove modalidades, v. VAN DIJK, Jan J. M.; WAARD, Jaap de. A Two-Dimensional Typology of Crime Prevention Projects; With a Bibliography. *Criminal Justice Abstracts*. p. 491 e ss.

corrente neste ponto é a cartilha para "evitar assaltos" –, é secundária quando considera grupos de pessoas sob risco concreto de vitimização – por exemplo, mulheres sozinhas à noite, e é terciária quando trabalha com aqueles que já passaram por tal experiência.

As propostas da "nova prevenção" envolvem, como se vê, modalidades várias e que podem ser reconduzidas a diferentes perspectivas políticas e panoramas teóricos. É necessária a contextualização e verificação da adequação de tais ideias – em sua maioria cunhadas em âmbito norte-americano e europeu – para a realidade brasileira, na qual é preciso "enfrentar", em primeiro lugar, não a criminalidade em si, mas uma percepção subjetiva altíssima de insegurança que, embora exija respeito, deve ser compreendida precipuamente como uma construção a partir de todas as premissas críticas já colocadas. Para tanto, é necessário desconstruir a interpretação recorrente que toma o crescimento da criminalidade como dado e identifica as suas causas no suposto baixo grau de eficiência do sistema de Justiça criminal,[68] o que não pode culminar senão no reclame ao aumento de intensidade justamente da resposta violenta e belicista do Estado, a mesma que atua, paradoxalmente, como fator produtor de insegurança tanto objetiva como subjetiva, contribuindo à difusão do pânico e alimentando o perverso círculo vicioso de criminalização e vitimização dos mais pobres.

A Constituição de 1988 prevê a segurança como direito fundamental e *social* (art. 5.º e 6.º da CF) e define a segurança pública como "dever do Estado, direito e responsabilidade de todos", sendo "exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio" (art. 144 da CF). Porém, não houve transformações profundas na organização das polícias e particularmente não foi construída uma racionalidade compatível com a democracia. O que demonstra a história recente da polícia no País,[69] militar ou civil, é justamente o contrário, bastando notar, por exemplo, como a organização atual da Polícia Militar ainda remonta ao Dec. 667/1969, que a subordinou ao Exército. Não é à toa, portanto, que as propostas de uma nova forma de

68. Como por exemplo em: ADORNO, Sérgio. Crime e violência na sociedade brasileira contemporânea. *Jornal de Psicologia – PSI*, abr.-jun. 2002, p. 7-8.

69. Vide CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. p. 143 e ss. e a bibliografia ali indicada; especialmente FAUSTO, Bóris. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Brasiliense, 1984; HOLLOWAY, Thomas. *Policing Rio de Janeiro: Repressing and Resistance in a 19th Century City*. Stanford: Stanford University Press, 1993; PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência sem controle e militarização da polícia. *Novos Estudos Cebrap*, n. 2(1), 1983, p. 8-12.

fazer política em segurança, no Brasil, enfatizem tanto a necessidade de uma reforma profunda das polícias.[70]

O ponto decisivo em questão perante as mencionadas tendências de isolamento urbano das elites e militarização da segurança cada vez menos "pública" parece estar na compreensão crítica dos caracteres individualistas e privatizantes de tais concepções de políticas de prevenção, defendendo, em seu lugar, um resgate da cidade enquanto espaço público de convivência saudável[71] e, acima de tudo, democrática, o que pressupõe só se falar em segurança se for em um sentido mais amplo e para todos.

Segundo Pitch, é importante diferenciar individualização e privatização,[72] ambos fenômenos relacionados e vinculados à crise do Estado de Bem-Estar: a individualização seria a transferência ao particular da responsabilidade sobre a prevenção, e a privatização os processos através dos quais o que era encargo de instituições públicas passa ao âmbito da responsabilidade individual, do mercado ou de ações voluntárias; enfim, da dimensão privada.

Tal perspectiva parte de um novo referencial semântico para o conceito de degradação do espaço urbano, compreendido não mais como mera desorganização, nos termos trabalhados pela Escola de Chicago, mas de maneira vinculada às percepções subjetivas consistentes na produção de sentimentos de mal-estar, incômodo e medo.[73] A resposta da arquitetura urbanista tem sido a projeção da cidade e seus espaços públicos segundo uma lógica de defesa, trabalhando a prevenção situacional desde a intenção de se afastar os perigos.

Assim se reproduz uma concepção de segurança possível somente apesar (e não com) dos outros, e consequentemente com a redução de direitos de parcela significativa da população. A própria centralidade conferida à vítima, no discurso da prevenção, desde a teoria "da oportunidade" ou da "escolha racional", tende a concentrar a atenção na microcriminalidade[74] e contribui para

70. Vale v. as propostas em SOARES, Luiz Eduardo. *Segurança tem saída*. Rio de Janeiro: Sextante, 2006; sobre o policiamento comunitário, v. DIAS NETO, Theodomiro. *Policiamento comunitário e controle sobre a polícia: a experiência norte-americana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

71. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A crise da segurança pública no Brasil. In: BONATO, Gilson (org.). *Garantias constitucionais e processo penal*. p. 181 e ss.

72. PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*. p. 56.

73. PAVARINI, Massimo. Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano. *Cassazione penale*. p. 808.

74. PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*. p. 139.

a concepção da segurança como questão privada.[75] Nesse sentido, o "pedinte do sinal" e o "drogado", ou a "prostituta" e o "mendigo", são socialmente definidos como culpados pela "minha" insegurança.[76]

Em 2004, foi deflagrado o movimento "Basta!" pelas classes média e alta da Zona Sul do Rio de Janeiro, que através de cartazes, panfletagem e manifestações clamavam por segurança. Porém,

"Foi como se os participantes dissessem 'queremos a violência longe de nós', 'tratem de conter a violência nos limites dos morros e favelas', 'façam o horror desaparecer da vista de nossas varandas' (...). O movimento 'Basta!' é uma das concretizações ideológicas e políticas da demanda por vigilância ou cerco sobre 'as classes perigosas', uma formulação inorgânica de pessoas atemorizadas, incertas quanto ao futuro, que por isso mesmo tornam-se menos dispostas a correr os riscos exigidos da ação coletiva organicamente estruturada e se lançam à cata do 'inimigo próximo'."[77]

O que se nota, dessa forma, é que a formulação de políticas de prevenção situacional e orientada aos autores, de tipo secundário, guarda a tendência à rotulação de determinados grupos em certas circunstâncias como "de risco", culminando fatalmente em atitudes de discriminação e segregação, como já se deu, apenas para exemplificar, com a proibição da entrada de determinados sujeitos em *shopping-centers*.[78] Porém, a compreensão da segurança como bem de consumo e acessível a quem possa pagar não é compatível com a lógica pública, na medida em que "se a segurança é um bem público gratuito e destinado a todos, sob o controle exclusivo da administração, não pode ser simulta-

75. PAVARINI, Massimo. Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano. *Cassazione penale*. p. 812.

76. PAVARINI, Massimo. Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano. *Cassazione penale*. p. 815.

77. SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Marcia Pereira; FRIDMAN, Luis Carlos. *Matar, morrer, "civilizar": o "problema da segurança pública"*. p. 29-30.

78. Vide fatos recentes ocorridos em Curitiba, nas primeiras semanas de junho de 2008, quando um grande shopping-center recém-inaugurado adotou a prática de barrar jovens caracterizados, pelo vestuário, como sendo da periferia. Segundo a direção do shopping, as medidas seriam para "evitar o constrangimento de clientes", cf. notícias do UOL de 05.06.2008, disponíveis em: [http://noticias.uol.com.br]. Sobre o mesmo problema, em contexto anglo-saxão, vale v. VON HIRSCH, Andrew; SHEARING, Clifford. Exclusion from Public Space. In: VON HIRSCH, Andrew; GARLAND, David; WAKEFIELD, Alison (org.). *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 77-96.

neamente um bem posto à venda pelas empresas, já que desde o momento em que a segurança *é* um bem como outro qualquer, poderá ser obtida pelos seus próprios meios. Uma concepção avança em detrimento da outra".[79]

Em sentido oposto, portanto, situam-se as políticas de segurança e prevenção fundadas na lógica pública, consubstanciadas em ações de prevenção sempre locais e próximas das comunidades, não se podendo esquecer das experiências nacionais[80] e estrangeiras[81] nesse sentido. Da mesma forma, são bem-vindas as medidas de prevenção situacional primária, enquanto tarefa essencialmente urbanística, desde que o objetivo seja exatamente resgatar espaços coletivos ao invés de os dividir e isolar. Quanto às modalidades de prevenção voltadas diretamente às vítimas, a questão principal – exceto nos casos em que o foco recai sobre pessoas que já foram vítimas de um crime, quando a política adquire feições terapêuticas – é a busca de redução do próprio sentimento de insegurança. É importante, pois, que se perceba que isso jamais ocorrerá com o terror estatal e a construção da "cultura do medo".

---

79. ROCHÉ, Sebastian. *Sociologie politique de l'insécurité*. p. 167-8: "Si la sécurité est *un bien public* gratuit à destination de tous, sous le contrôle exclusif des administrations, il ne peut être simultanément un bien que les entreprises peuvent vendre puisque alors la sécurité *est un bien comme un autre* qu'on peut se procurer en fonction de ses moyens. Lorsqu'un mode de sécurité progresse, c'est au détriment de l'autre". Ainda observa o autor: "Le marché de la sécurité est une réalité nouvelle, même si la sécurité privée est une chose fort ancienne: il s'agit maintenant d'aller acheter biens et services à des professionnels, et non de recourir à des formes communautaires ou collectives d'assistance mutuelle".

80. Para uma reconstrução de experiências de gestão da segurança pública sob um viés progressista, no Rio de Janeiro, particularmente nos Governos Brizola/Nilo Batista (1983-86) e no primeiro ano do Governo Garotinho (1999), v. SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general*. Op. cit.; para um panorama crítico geral, v. SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Marcia Pereira; FRIDMAN, Luis Carlos. *Matar, morrer, "civilizar": o "problema da segurança pública"*. p. 6 e ss.

81. Por exemplo, vide o início do projeto "Città sicura", na Itália, que sugeriu a seguinte ordem de etapas possíveis para uma política de segurança pública: (a) reconhecimento informal, pela comunidade, das necessidades de segurança; (b) socialização das informações com a população local; (c) constituição de um conselho ou comitê de segurança local, garantindo a máxima representatividade; (d) organização de um observatório permanente sobre o que "incomoda" as pessoas, para um diagnóstico das percepções da comunidade quanto à segurança; (e) elaboração e execução de ações integradas de prevenção buscando combinar as nove modalidades mencionadas de acordo com os recursos disponíveis e as prioridades eleitas pela comunidade; cf. PAVARINI, Massimo. Vivere una città sicura: idee per un progetto di prevenzione integrata in un quartiere cittadino. *Sicurezza e Territorio*. p. 13.

É importante, ainda, não se deixar de lado a questão de gênero, evitando-se aderir acriticamente à tradicional construção da figura da mulher como vulnerável e suscetível aos maiores perigos oferecidos pelo espaço urbano. A crítica que faz Tamar Pitch, sobre o que chama de "prevenção sexuada",[82] é que tal discurso acaba por culminar em novas modalidades de controle e disciplinamento do corpo feminino.

De qualquer forma, e não obstante a intensidade com que se coloca o arsenal retórico da prevenção, esta ainda resta sendo meramente marginal em relação à repressão,[83] com resultados desastrosos sob todos os prismas: e nenhuma questão o demonstra de forma tão contundente como a do tráfico de drogas.[84] Também por isso as políticas estruturais e de prevenção social, voltadas à distribuição de renda e oportunidades, seguem sendo insuperáveis quanto à importância e relevância. É preciso evitar, todavia, a reconstrução da própria questão social sob o viés securitário:

O 'problema da segurança pública' está estruturado a partir de pressupostos e preconceitos que restringem as propostas de intervenção ao aprofundamento e racionalização dos meios de repressão. Nas raras vezes em que entra o tema da cidadania, por meio da discussão de políticas sociais, elas são pensadas de modo reducionista e instrumental, isto é, como formas de salvar moralmente, ou (re)civilizar, as classes populares (especialmente sua juventude), construindo barreiras contra a participação em atividades criminais.[85]

Em abril de 2002, naquela que foi provavelmente sua última intervenção em público, Alessandro Baratta defendeu um modelo socialmente inclusivo de segurança pública, fundado em uma premissa conceitual fundamental: dentre todas as necessidades reconhecidas como direitos fundamentais do ser humano, a segurança ocupa um lugar acessório e secundário, no sentido de se a entender simplesmente como "a necessidade de certeza de satisfação das necessidades".[86]

82. Sob um prisma crítico, por todas, v. PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*. p. 46-50; comparar com HALE, Chris. Fear of crime: a review of the literature. *International Review of Victimology* 4/96 e ss.

83. ROCHÉ, Sebastian. *Sociologie politique de l'insécurité*. p. 249.

84. Não se aborda o tema aqui por se fazer remissão a outro trabalho: Giamberardino, André. Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência. *RBCCrim*, vol. 83. São Paulo: Ed. RT, 2010.

85. SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Marcia Pereira; FRIDMAN, Luis Carlos. *Matar, morrer, "civilizar": o "problema da segurança pública"*. p. 28.

86. BARATTA, Alessandro. "Introduzione". *Dei Delitti e Delle Pene*, n. 1-2-3, p. 28. Nesse sentido já se referia o autor à "segurança dos direitos" como prevalente sobre o

Melhor seria, dessa forma, se fossem as políticas de segurança a serem reinterpretadas enquanto componentes meramente subsidiários de uma política de proteção dos direitos fundamentais, de todas as pessoas e em todos os sentidos, o que certamente acaba por proibir, inclusive no plano jurídico, a adoção de uma atitude de guerra ao crime por parte do próprio Estado, que suspende a legalidade e abre as portas ao extermínio dos mais frágeis.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A produção teórica sobre o tema e os resultados da pesquisa de vitimização realizada em 2009 pelo IBGE indicam que a individualização da prevenção e a privatização da segurança pública produzem uma sociedade partida e marcada pela substituição da confiança pela suspeita, provocando a erosão da noção de cidadania e dando nova configuração ao conflito de classes que permanece ao fundo, "agravado e intocado".[87]

A demanda por segurança é um desejo sem possibilidades de satisfação. Sua contradição inerente é exatamente se tratar de "um direito das democracias modernas, mas um direito que não pode certamente ser plenamente cumprido sem a mobilização de meios que se revelam prejudiciais ao mesmo direito".[88] É nesse sentido que a demanda por segurança pode se configurar como uma ameaça à própria democracia,[89] ao reproduzir a crença – não mais que isso – em um efeito intimidante produzido pela severidade das penas e a atuação das agências de controle, embasando o apoio popular às políticas de segurança que tomam a forma de medidas de extermínio:

"direito à segurança", cf. BARATTA, Alessandro. Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti? In: ANASTASIA, Stefano; PALMA, Mauro (coord.). *La bilancia e la misura*. Milano: FrancoAngeli, 2001. p. 19-36.

87. SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Marcia Pereira; FRIDMAN, Luis Carlos. *Matar, morrer, "civilizar": o "problema da segurança pública"*. p. 3 e ss.: "As disputas agora se concentram na provisão de controle social pelo estado, isto é, focalizam a quantidade, legitimidade e adequação dos meios repressivos – a força comedida (e seu extravasamento) da polícia *versus* a força ilegal, de fato, da criminalidade violenta. Os protagonistas desses conflitos tornam-se assim categorias estereotipadas e difusamente representadas que, por consequência, não definem fronteiras identitárias claras".

88. CASTEL, Robert. *L'insécurité sociale: Qu'est-ce qu'être protégé?*, p. 24: "la sécurité y est un droit [das democracias modernas], mais que ce droit ne peut sans doute s'accomplir pleinement sans mobiliser des moyens qui s'avèrent attentatoires au droit".

89. PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*. p. 34.

Nas ruas das cidades são celebradas as cerimônias. Cada vez que um delinquente cai varado de balas, a sociedade sente um alívio na doença que a atormenta. A morte de cada mal vivente surte efeitos farmacêuticos sobre os bem viventes. A palavra farmácia vem de *phármakos*, o nome que os gregos davam às vítimas humanas nos sacrifícios oferecidos aos deuses nos tempos de crise.[90]

Posto tudo isso, parece essencial que a perspectiva crítica não se abstenha de ir ao campo de ação e busque enfrentar os obstáculos – teóricos, inclusive – no enfrentamento de forças em torno às políticas de segurança pública e de prevenção à criminalidade. Para tanto, o primeiro passo é a desconstrução do pânico social enquanto representação construída por fatores diversos e complexos dentre os quais o risco real de vitimização, se existente, será apenas um deles, mas não o único e nem necessariamente o principal. Tal premissa é necessária para que se não pense se tratar de uma "luta a ser vencida" e tampouco se esqueça que as políticas de prevenção não passam de um "mal menor",[91] no sentido de que há limitações evidentes mas se pressupõe como válida toda iniciativa tendente a minimizar a destruição e o sofrimento produzidos pela resposta bélica consubstanciada na intervenção do sistema de Justiça penal.

Não se trata, portanto, de defender "a prevenção", mas tão somente suas modalidades que se julgue compatíveis com o Estado de Direito e sejam minimamente capazes de superar outras que apenas reproduzem as mesmas relações materiais de exploração e dominação. Sem ignorar que tais relações permanecerão, de qualquer forma, vale um enfoque voltado à redução de danos, opondo-se à radicalização do individualismo que embasa a prevenção vendida como "bem de consumo" no atual estágio do capitalismo.

Em outras palavras, a criminologia crítica dialoga com o tema da segurança pública quando desconstrói quaisquer concepções desta que isolem uns de outros e protejam poucos de muitos, substituindo-as pela atuação, com ceticismo teórico mas esperança irresignada, em prol de políticas fundadas na crença na solidariedade e no fortalecimento dos laços comunitários.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. Crime e violência na sociedade brasileira contemporânea. *Jornal de Psicologia – PSI*, abr.-jun. 2002, p. 7-8.

90. GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar*. p. 81.

91. PAVARINI, Massimo. Perché correre il rischio della prevenzione. *Sicurezza e Territorio*. p. 30.

_____. Exclusão socioeconômica e violência urbana. *Revista Sociologias* 8/84-135. São Paulo: Ed. USP, 2002.

ALBRECHT, Peter-Alexis. La politique criminelle dans l'État de prévention. *Déviance et Société*, vol. 21, n. 2, p. 123-136, 1997.

ARGÜELLO, Katie. Do Estado Social ao Estado Penal: invertendo o discurso da ordem. In: BITTAR, Walter (org.). *A criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 119-144.

AROCENA, Gustavo. *Inseguridad urbana y ley penal: el uso político del derecho penal frente al problema real de la inseguridad ciudadana*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2004.

BALKIN, Steven. Victimization rates, safety and fear of crime. *Social Problems*, vol. 26, n. 3, p. 343-358, 1979.

BARATTA, Alessandro. Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti? In: ANASTASIA, Stefano; PALMA, Mauro (coord.). *La bilancia e la misura*. Milano: FrancoAngeli, 2001. p. 19-36.

_____. Introduzione. *Dei Delitti e Delle Pene*, n. 1-2-3. Bologna: Ed. Scientifiche Italiane, 2002. p. 27-32.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na Cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BODY-GENDROT, Sophie. *Les villes: la fin de la violence?* Paris: Presses de Sciences, 2001.

BRASIL. *Características da vitimização e do acesso à Justiça no Brasil (Pesquisa nacional por amostra de domicílios)*. Rio de Janeiro: IBGE, 2009.

CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. Trad. Frank de Oliveira; Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. USP, 2000.

_____; HOLSTON, James. Democracy and Violence in Brazil. *Comparative studies in society and history*, 41, 4. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 691-729.

CASTEL, Robert. *L'insécurité sociale: Qu'est-ce qu'être protégé?* Paris: Éditions du Seuil, 2003.

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

CLARKE, Ronald V. G. "Situational" Crime Prevention: Theory and Practice. *British Journal of Criminology*, vol. 20, n. 2, p. 136-147, 1980.

COSTA, Pietro. *Cittadinanza*. Roma-Bari: Laterza, 2005.

_____. *Il progetto giuridico: ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico (da Hobbes a Bentham)*. Milano: Giuffrè, 1974.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A crise da segurança pública no Brasil. In: BONATO, Gilson (org.). *Garantias constitucionais e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 181 e ss.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? *Revista de Estudos Criminais*, n. 11, p. 23-29. Rio de Janeiro: Notadez Ed., 2003.

DIAS NETO, Theodomiro. *Segurança urbana: o modelo da nova prevenção*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

_____. *Policiamento comunitário e controle sobre a polícia: a experiência norte-americana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Porto Alegre: LPM, 1999.

GARLAND, David. *Punishment and Welfare: a history of penal strategies*. Great Britain: Gower Publishing Co., 1985.

_____. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporany Society*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

_____; SPARKS, Richard. Criminology, social theory and the challenge of our times. *British Journal of Criminology* 40/189-204. Oxford: Oxford University Press, 2000.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência. *RBCCrim*, vol. 83. São Paulo: Ed. RT, 2010.

GLASSNER, Barry. *Cultura do medo*. São Paulo: Ed. Francis, 2003.

HALE, Chris. Fear of crime: a review of the literature. *International Review of Victimology* 4/79-150, 1996.

HALLSWORTH, Simon. *Street Crime*. Portland: Willan Publishing, 2005.

HERRNSTEIN, Richard; MURRAY, Charles. *The Bell Curve: Intelligence and class structure in American life*. New York: Free Press, 1994.

HIRST, Paul. Marx e Engels: sobre direito, crime e moralidade. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (org.). *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos; Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980. p. 249-286.

HOBBES, Thomas. *Leviathan*. Great Britain: Penguin Books, 1968 [1651].

LEA, John; YOUNG, Jock. *Que hacer con la ley y el orden?* Trad. Martha Gil; Mariano Ciafardini. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.

MERTON, Robert. Social Structure and Anomie. *American Sociological Review*, vol. 3, n. 5, p. 672-682, 1938.

PARK, Robert. The City: Suggestions for the Investigation of Human Behavior in the City Environment. *American Journal of Sociology*, vol. 20, n. 5, p. 577-612. Chicago: University of Chicago Press, 1915.

PAVARINI, Massimo. Bisogni di sicurezza e questione criminale. *Rassegna Italiana di Criminologia*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 435-462.

_____. Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano. *Cassazione penale*, n. 2. Milano: Giuffrè, 2009. p. 805-820.

_____. Perché correre il rischio della prevenzione. *Sicurezza e Territorio*, n. 2. Bologna: L'Angelo Azzurro, 1993. p. 27-30.

_____. Vivere una città sicura: idee per un progetto di prevenzione integrata in un quartiere cittadino. *Sicurezza e Territorio*, n. 1. Bologna: L'Angelo Azzurro, 1992. p. 11-14.

PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*. Roma: Carocci Ed., 2008.

PLATT, Tony. "Street" Crime: a view from the left. *Crime and Social Justice*. Berkeley, 1978. p. 26-34.

QUETELET, Adolph. Sur la statistique morale et les principes qui doivent en former la base. *Déviance et Société*, vol. 8, n. 1, p. 13-41, 1984 [1848].

ROBERT, Philippe. Les statistiques criminelles et la recherche. Réflexions conceptuelles. *Déviance et Société*, vol. 1, n. 1, p. 3-27, 1977.

ROCHÉ, Sebastian. *Sociologie politique de l'insécurité*. Paris: Puf, 1998.

SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas? *Sociedade e Estado*, vol. 22, n. 3. Brasília: Ed.UnB, 2007, p. 545-591.

_____; LEITE, Marcia Pereira; FRIDMAN, Luis Carlos. *Matar, morrer, "civilizar": o "problema da segurança pública"* (Relatório). Mapas:Ibase/Action Aind Brasil, 2005.

SIMON, Jonathan. *Governing through crime: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general: 500 dias no front da segurança pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *Segurança tem saída*. Rio de Janeiro: Sextante, 2006.

VIANELLO, Francesca; PADOVAN, Dario. Criminalità e paura: la costruzione sociale dell'insicurezza. *Dei Delitti e Delle Pene*, vol. VI, 1-2. Bari: Ed. Scientifiche Italiane, 1999. p. 247-286.

VAN DIJK, Jan J. M.; WAARD, Jaap de. A Two-Dimensional Typology of Crime Prevention Projects; With a Bibliography. *Criminal Justice Abstracts*, vol. 23, n. 3, p. 483-503, 1991.

VON HIRSCH, Andrew; SHEARING, Clifford. Exclusion from Public Space. In: VON HIRSCH, Andrew; GARLAND, David; WAKEFIELD, Alison (org.). *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 77-96.

WILSON, James. Crime in the Streets. *The Public Interest*, n. 5, p. 26-35, 1966.

_____; KELLING, George. Broken windows: the police and neighborhood safety. *The Atlantic Monthly*, n. 3. Washington: Atlantic Media Company, 1982. Disponível em: [www.theatlantic.com]. Acesso: 01.04.2010.

ZACKSESKI, Cristina Maria. *Políticas integradas de segurança urbana: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua*. Dissertação. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 1997.

ZALUAR, Alba; RIBEIRO, Alessandro. The drug trade, crime and policies of repression in Brazil. *Dialectical Anthropology*, vol. 20. Netherlands: Kluwer Academic Publisher, 1995, p. 95-108.

ZAFFARONI, Ernesto Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais, de Salo de Carvalho - *RBCCrim* 104/279 (DTR\2013\9088);
- Delegados de polícia e a gestão cotidiana da violência em São Paulo, final do século XIX, de Luís Antônio Francisco de Souza - *RBCCrim* 83/271 (DTR\2010\121);
- Segurança pública, polícia e violência policial. Perspectivas diante do endurecimento penal, de Luís Antônio Francisco de Souza - *RBCCrim* 51/253-288 (DTR\2004\661); e
- Violência, polícia e direitos humanos, de Benoni Belli - *RBCCrim* 39/231-240 (DTR\2002\606).

82938

As respostas do direito e da política às jornadas de junho: uma análise da judicialização e do processo de criminalização na Cidade de Porto Alegre

The response of the legal and political systems in relation to the June protests: an analysis of legalization and the criminalization process in the City of Porto Alegre

Renata Almeida da Costa

Professora do Mestrado em Direito do Unilasalle e do Curso de Graduação em Direito do UniRitter. Doutora em Direito (Unisinos).
renata.costa@me.com

Alexandre Fleck Soares Brandão

Membro do "Observatório dos Novos Movimentos Sociais" do Mestrado em Direito do Unilasalle-Canoas. Estudante de Direito na UFRGS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul).
brandao.br@gmail.com

Germano Schwartz

Coordenador do Mestrado em Direito e docente colaborador do Mestrado em Saúde e Desenvolvimento Humano, ambos do Unilasalle-Canoas. Diretor Executivo Acadêmico da Escola de Direitos das FMU e Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPQ (Nível 2). Secretário do Research Committee on Sociology of Law da International Sociological Association (RCSL/ISA). Doutor em Direito (Unisinos). Pós-Doutor em Direito (University of Reading).
germano.schwartz@globo.com

Área do Direito: Penal

Resumo: Os protestos que começaram na Cidade de Porto Alegre em 2013 contra o aumento da passagem do transporte urbano, mais tarde, conhecidos como "Jornadas de Junho", espalharam-se por todo o Brasil, especialmente em

Abstract: The Protests that started in the city of Porto Alegre in 2013 against the raise in the prices of public transportation spread out all over Brazil. Not only were they massive in participation, but also in the amount of state

Costa, Renata Almeida da; Brandão, Alexandre Fleck Soares; Schwartz, Germano. As respostas do direito e da política às jornadas de junho: uma análise da judicialização e do processo de criminalização na Cidade de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 291-307. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

junho, quando mais de um milhão e meio de pessoas foram às ruas. Não só foram massivos os atos no que tange à participação, mas também à quantidade de violência estatal e privada, especialmente em Porto Alegre, onde a Comissão de Direitos Humanos da Câmara Municipal denunciou os casos de violência policial e o primeiro inquérito contra ativistas foi instaurado. O presente artigo busca identificar de que forma o sistema político e o sistema legal lidaram com os movimentos sociais de junho através da análise dos processos de criminalização primária e secundária na Cidade de Porto Alegre durante o mês de junho e os seguintes. Para isso, foram analisados três documentos: um projeto de lei que visa a regular manifestações, um relatório elaborado pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara de Vereadores de Porto Alegre e um dos inquéritos que resultou na denúncia de ativistas. A análise utiliza o conceito teórico de Empreendedores Morais de Howard Becker e os critérios elaborados por Jock Young para a definição de Pânicos Morais. O artigo tenta contribuir para a análise de como o sistema jurídico e o sistema político agem em relação a movimentos sociais que se apresentam como anti-hegemônicos.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalização - Jornadas de Junho - Novos movimentos sociais - Criminologia crítica.

and private violence, especially in Porto Alegre where protesters occupied City Council. This article seeks to identify how the political and law system dealt with this social movement by analyzing the processes of primary and secondary criminalization in the city of Porto Alegre during June and the months that followed it. As such, It analyzes new protest regulations as well as the official police report regarding the Protests in the perspective of Critical.

KEYWORDS: Criminalization process - June Days - New social movements - Critical Criminology.

SUMÁRIO: 1. As Jornadas de Junho em Porto Alegre - 2. Analisando o processo de criminalização em junho de 2013 - 3. O relatório da Comissão de Direitos Humanos da Câmara Municipal de Porto Alegre - 4. A investigação criminal das Jornadas de Junho - 5. As novas leis sobre manifestações: a proibição do uso de máscaras em Porto Alegre durante os protestos e os Pânicos Morais - 6. Considerações finais.

1. AS JORNADAS DE JUNHO EM PORTO ALEGRE

O mês[1] de junho de 2013 foi definitivamente especial e marcou os maiores protestos em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil, em algum tempo. Pro-

1. Artigo resultante do Projeto Universal MCTI/CNPQ (14/2014) de n. 441774/2014-8 que subsidia e fomenta o "Observatório dos Novos Movimentos Sociais", sediado no Mestrado em Direito do Unilasalle-Canoas, ao qual os autores restam ligados.

vavelmente, desde o "Fora Collor" em 1992.[2] Mais de um milhão de pessoas foram às ruas em Brasil para protestar. Os fatos e as motivações dos protestos que aconteceram em Porto Alegre e em várias outras cidades no Brasil em 2013, contudo, ainda não são inteiramente sabidas. Mesmo dúzias[3] de artigos já terem sido publicados a respeito, nossas ciências sociais ainda devem uma explicação razoável para o que aconteceu no País durante (mas não exclusivamente) o mês de junho (Vitagliano, 2013). Muitos artigos foram escritos sobre os protestos, mas não há consenso sobre as pautas das manifestações. O nome, Jornadas de Junho em si induz ao erro, uma vez que as movimentações começaram muito antes disso, e as repercussões permanecem até o dia de hoje (Movimento Passe Livre 2013). Contudo, parece que há certa similitude entre as cinco diferentes teorias elencadas por (Vitagliano, 2013). Todas elas concluem que os protestos de junho foram anti-hegemônicos – um desafio ao *status quo*, eles foram atos de Resistência[4] (Vitagliano, 2013) (Hayward, 2013). Ainda que as pautas defendidas tenham sido múltiplas ao redor do País, esse conceito pode ser utilizado para analisar, ao menos, alguns padrões e tendências na Cidade de Porto Alegre.

A Cidade de Porto Alegre está localizada no último Estado ao Sul do Brasil, chamado Rio Grande do Sul. A Cidade tem aproximadamente 1.5 milhão de habitantes e algumas peculiaridades, especialmente quando se fala sobre questões climáticas e de variação de temperatura (Instituto Brasileiro de Geografia e estatística 2014). Ao invés de temperaturas quentes semelhantes ao verão o ano inteiro, duas estações são bem definidas em Porto Alegre: verões quentes e invernos frios. Com isso, a cidade, todo ano, sofre um êxodo durante os meses de verão: boa parte da população deixa a cidade rumo ao litoral (Instituto

2. Os protestos pedindo o impeachment do Presidente Collor, mais tarde conhecidos como "Fora Collor", tornaram-se bastante grandes em participação depois de a Presidência confiscar os depósitos das cadernetas de poupança em Brasil, como parte de um plano econômico para conter a inflação. Esses protestos, somados a outros escândalos políticos resultou no *Impeachment* do Presidente e sua renúncia.
3. Ver os artigos publicados em (Filho, 2014) e (Rolnik, 2013).
4. O conceito de resistência adotado aqui leva em conta as observações de Hayward (2013) que corretamente pontua: "(...) despite the fact that the label of resistance is widely used and fostered, particularly in my area of expertise, Cultural Criminology, we are in a very strange position. We still do not know what exactly is meant by Resistance. All we can say is that the activity of Resistance is a challenging response to existing circumstances. As such, resistance is typically framed as a negative term, meaning those acts exerted against culture, social or economic relations that occur in particular moments, in particular societies".

Brasileiro de Geografia e estatística 2014). Deve-se ressaltar que o aumento da passagem de transporte urbano em Porto Alegre, nos últimos oito anos, ocorreu exatamente nesses meses, quando o tráfego da cidade está tranquilo e um bom número de pessoas não está na cidade e somente sentirá o impacto da medida meses depois (Zero Hora 2011).

Dado esse histórico de aumentos no início do ano, os protestos em Porto Alegre começaram já em janeiro, quando um grupo chamado "Bloco de Luta pelo Transporte Público (Oliveira, 2013) foi às ruas para exigir a redução (assim como tentar parar o aumento) da passagem de ônibus. O Bloco de Luta, como geralmente é chamado, consiste num grupo composto por diferentes grupos anarquistas como o Movimento Utopia e Luta, a Federação Anarquista Gaúcha e a Frente Autônoma, bem como por grupos de juventude de partidos de esquerda, como a Anel (do PSTU), o Juntos e o Vamos à Luta (ambos do PSOL). O Bloco, nos últimos dois anos, organizou diferentes protestos contra o aumento da passagem, sempre no mês de janeiro (Oliveira, 2013). O foco principal desses protestos era a redução do preço da passagem e a manutenção da meia passagem estudantil e passe livre para os idosos (Bloco de Luta pelo Transporte Público 2013).

Após algumas semanas, no dia 21 de março, o vice-prefeito sancionou o aumento da passagem, o que levou ainda mais pessoas às ruas (Prestes, 2013). O número de manifestantes aumentaria significativamente, chegando ao seu ápice no dia 1.º de abril, quando aproximadamente, dez mil pessoas compareceram à frente da Prefeitura exigindo a redução do valor pretendido. No dia 4 de abril, o aumento da tarifa foi suspenso por decisão liminar proferida pelo juiz Hilber Obara que deferiu o pedido laminar da ação proposta pelos vereadores Pedro Ruas e pela vereadora Fernanda Melchiona (ambos do PSOL) (Prestes, 2013). A decisão seria comemorada no mesmo dia pela população, quando já estava marcado um protesto. Quase quinze mil pessoas caminharam pelas ruas do centro de Porto Alegre, abaixo de chuva, celebrando a vitória (Oliveira, 2013).

Deve-se ressaltar que, após o dia 4 de abril, os protestos continuaram, mas com uma participação popular muito menor. As pessoas presentes em atos dessa natureza eram quase que exclusivamente as mesmas já envolvidas com a articulação do Bloco de Lutas, até o dia 17 de junho, quando milhares retornaram às ruas. Alguns dias antes, em 13 de junho, em São Paulo, cinco mil pessoas que protestavam foram reprimidas com centenas de balas de borracha, bombas de gás lacrimogêneo e latas de spray de pimenta. Se o número de pessoas nas ruas não foi surpreendente – outros protestos na cidade já haviam tido adesão maior da população – a reação violenta da polícia mostrou-se sig-

COSTA, Renata Almeida da; BRANDÃO, Alexandre Fleck Soares; SCHWARTZ, Germano. As respostas do direito e da política às jornadas de junho: uma análise da judicialização e do processo de criminalização na Cidade de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 291-307. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

nificativamente maior. Mais de duzentas pessoas foram presas por diversas razões, incluindo porte de "materiais suspeitos" como vinagre (produto que estava sendo utilizado para aliviar os efeitos do gás lacrimogêneo) (Uol 2013). No mesmo protesto, uma jornalista do Jornal Estado de São Paulo teve um dos olhos baleados no olho com um projétil de borracha. Sua imagem com o olho sangrando foi estampada na capa dos quarto jornais de maior circulação no País no dia seguinte (Uol 2013).

Isso posto, é possível dizer que, apesar de não ter sido a causa das Jornadas de Junho, a violência policial atuou como um catalisador para o crescimento e o alastramento dos protestos. No dia 17 de junho, somente três dias após os jornais publicarem o que aconteceu em São Paulo, mais de 276 mil pessoas em todo Brasil (dez mil somente em Porto Alegre) saíram às ruas em apoio e solidariedade aos manifestantes de São Paulo. No dia 20, somente uma semana depois do acontecido e um dia após a redução do preço da tarifa em São Paulo e no Rio de Janeiro, mais de 1.4 milhão de pessoas foram protestar em diversas cidades (G1 2013).

Juntamente com o rápido aumento da participação popular nos protestos, houve também uma mudança no foco dos protestos e nas pautas do movimento. Se tudo em Porto Alegre começara com o pedido de redução do preço da passagem de ônibus como uma demanda quase que exclusive, isso mudou. A imagem feita pelo Bloco de Luta convocando para o protesto do dia 17 de junho, pela primeira vez, incluía uma nova frase "Contra a criminalização da luta popular". As pautas de uma nota pública do Bloco de Luta, escritas em assembleia do dia 18 de junho, ilustram essa mudança:

"Nossas reivindicações são:

1. Passe Livre, rumo ao transporte 100% Público.

a) Implementação imediata do passe livre para estudantes, idosos e desempregados, rumo ao Transporte 100% público.

b) Abertura imediata das contas das empresas de ônibus.

c) Melhores condições de trabalho para a categoria dos rodoviários.

2. Contra a Criminalização dos Movimentos Sociais: Retirada imediata dos inquéritos movidos contra os militantes que estão nas ruas lutando por direitos.

3. Contra o Estado de Exceção da Copa do Mundo da Fifa de 2014".

Deve-se notar a presença de diferentes pautas que foram aprovadas na referida assembleia. Se os pedidos por uma nova gestão do transporte público e os benefícios aos estudantes permanecem, duas novas pautas surgem: a interrupção imediata de todas as investigações criminais contra os manifestantes e a interrupção do chamado Estado de Exceção para a Copa do Mundo da Fifa em

COSTA, Renata Almeida da; BRANDÃO, Alexandre Fleck Soares; SCHWARTZ, Germano. As respostas do direito e da política às jornadas de junho: uma análise da judicialização e do processo de criminalização na Cidade de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 291-307. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

2014. Tais demandas não estavam presentes nos *releases* anteriores do Bloco. O foco dos protestos sempre havia sido o transporte público e as questões envolvendo o direito à cidade. Contudo, esse não era mais o caso. Após o ocorrido em São Paulo, o movimento não só cresceu como se modificou. Conforme o já mostrado, a resposta do Estado aos protestos ajudou a fortalecer os protestantes. A violência policial e as investigações influenciaram as manifestações inclusive em suas pautas. A força repressiva contra o grupo provocou uma maior participação e aumentou o espectro das demandas dos ativistas. Como muitos cartazes e muitas faixas diziam, não era mais por 20 centavos.

2. ANALISANDO O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO EM JUNHO DE 2013

O processo de criminalização dos protestos que ocorreram em Porto Alegre serão analisados a partir da perspectiva de que o desvio deve ser visto enquanto um processo coletivo, uma díade. É importante não só entender as razões por detrás do cometimento de uma ação em si, mas também as que justificam e que embasam aquela ação para que seja classificada como delito. Ademais, como proposto por Young (2011), deve ser observado que o controle social em si gera desvios, e não o contrário, isto é, as ferramentas de restrição de ações provocam o cometimento de ações classificadas como crime. O foco central da pesquisa recairá exatamente no que Becker (1966) classifica como Empreendedores Morais e em quais atitudes são tomadas por eles. Conforme definida por Becker (1966), os empreendedores morais são aqueles que tomam a iniciativa em criar e estabelecer as regras, assim como aqueles que garantem que ela sejam cumpridas e respeitadas.

A caracterização desses empreendedores morais varia justamente na função que eles exercem. O protótipo dos criadores de regras (*rule creators)* consiste naqueles reformistas das Cruzadas: os integrantes das cruzadas moralistas que estão interessados em forçar e em submeter tudo e todos a seus próprios valores morais individuais (Becker, 1966, 148). Isso não quer dizer que tais elementos, necessariamente, tenham intenções ruins. A maioria verdadeiramente acredita que seus valores morais estão corretos e que agir conforme eles (os valores) seria bom para todos, incluindo aqueles que estão sendo submetidos à sua pressão.

Ao se falar daqueles que enforcam as regras e garantem o seu cumprimento, deve-se entender que eles possuem basicamente dois interesses: a justificação de sua existência em si (e de sua estrutura) e o ganho e a manutenção do respeito daqueles com quem ele deve lidar (Becker, 1966). Para justificar a sua própria existência, o *rule enforcer* deve mostrar a todo custo que o problema

COSTA, Renata Almeida da; BRANDÃO, Alexandre Fleck Soares; SCHWARTZ, Germano. As respostas do direito e da política às jornadas de junho: uma análise da judicialização e do processo de criminalização na Cidade de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 291-307. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

existe, ou seja, que a lei não é respeitada, que sua violação constitui um fato grave e que, dessa forma, sua existência e presença, tão essenciais para o funcionamento social. Contudo, deve ele balancear essa evidência do problema com a visão de que o seu trabalho não só é importante como produtivo, isto é, ele deve justificar e defender seu método e sua atividade, sob pena de colocar em risco e em dúvida sua própria competência e seus meios ao ampliar, de forma demasiada, a existência do problema (Becker, 1966). Isso pode-se constituir em uma grande oscilação para os órgãos repressivos (em especial, a polícia). Enquanto esses manifestantes devem mostrar que a situação é séria e convencer a opinião pública de que mais recursos públicos e investimentos são necessários, eles ainda devem manter uma aparência de que a sua postura e a sua atuação estão sendo efetivas, que estão tentando (e conseguindo) resolver o problema.

Tias pressupostos são exatamente o que Skolnick (1994), in: (Terril, Paoline III e Manning s.d.), definiu como personalidade policial. A polícia utiliza a sua autoridade coercitiva em relação ao cidadão, de forma a parecer eficiente aos olhos dos administradores. Analisado também como cultura policial (Terril, Paoline III e Manning s.d.), tal atitude possui um efeito muito importante: ela distancia os policiais e suas atividades de seu cliente: o cidadão. O isolamento desses profissionais em suas próprias atividades, bem como a necessidade de se provar eficiente e necessário aos administradores, levam-nos a desenvolver uma mentalidade de "nós contra eles" em relação aos cidadãos. Essa atitude decorre, segundo Reiss (1972), por crenças subculturais de que policiais ignoram desafios de cidadãos e perdem o respeito desses policiais, tornando o trabalho de outros policiais, na mesma localidade, muito difícil.

Essa visão não somente mostra uma subversão da tarefa do "servir e proteger" da autoridade policial, bem como define, com precisão, o que são esses homens: Empreendedores morais. Nesse sentido, esses de servidores públicos atuam como verdadeiros agentes culturais (*Cultural Agents*). Por meio de suas atividades, tentam transformar o tédio em *commodity*, mantendo um pseudo-sentido de ordem através do exercício do poder de maneira verdadeiramente cultural (Ferrell, 2004).

Esses empreendedores morais podem obter um sucesso notável em suas cruzadas utilizando a constante produção e propagação de pânicos morais (*Moral Panics*) e identificando nas mudanças sociais modernas as causas do desvio (Alves, 2010). De acordo com Bem-Yehuda (2008) em (Alves, 2010), pânicos morais podem ser definidos da seguinte forma:

"The concept broadly refers to the creation of situations in which exaggerated fear is manufactured about topics that are seen (or claimed) to have a

moral component. Moral panics hate to create, focus and sustain powerfully persuasive images of folk devils that can serve as the heart of moral fears.

(...) moral panics are about representations, images and coercion: about which of sector of a society has the power to represent and impose its images, world views and interests onto others as being both legitimate and valid. In other words, moral panics are about struggles for moral hegemony over interpretations of the legitimacy (or not) of prevailing social arrangements and material interests".

Em outras palavras, ele é um instrumento, um episódio, ou desencadeado por leis reativas, políticas públicas, atuações policiais ou histórias midiáticas que provocam no público uma preocupação exagerada, medo e raiva em relação a aparentes riscos à ordem social (Krinsky, 2013). Nesse caso, se o desviante é visto como envolvido na resistência ao *status quo*, Young (2011, 248) também identifica que reações sociais etiquetadas como desviantes e a criação de pânicos morais são claramente atos de resistência por parte do sistema, tentativas de manutenção da hegemonia que foi ameaçada. Nesse sentido Hall, et al. (1978) em (Krinsky 2013, 6) observa que pânicos morais não apenas são momentos normais de medo da opinião pública ou preocupações, mas também discursos orquestrados com claras intenções. Em suas próprias palavras: "(...) moral panics must be understood not merely as occasional incidences of public concern and fear, but as diversionary manifestations, intended to maintain the status quo, of a continuing historical crisis". Tendo isso em vista, de forma a verificar se um distúrbio moral ou uma ação promovida por um empreendedor moral (ou alguns deles) constituem um pânico moral ou somente constituem uma reação normal e adequada. Young (2011, 251) propõe três critérios que, de acordo com o autor, estão presentes em um pânico moral e ilustram como há um hiato acentuado entre o estereótipo e a realidade nesses casos. A reação para os problemas é desproporcional; é irracional, dado o verdadeiro risco social apresentado, e nele está presente um estereótipo negativo do desviante (Young, 2011).

Esses conceitos e elementos serão utilizados na análise dos documentos contendo a reação dos empreendedores morais aos protestos em Porto Alegre. Os documentos são o relatório do inquérito que indiciou ativistas durante os protestos, um relatório da Comissão de Direitos Humanos da Câmara de Vereadores de Porto Alegre que documentou violações de direitos humanos por parte da Brigada Militar e o projeto de lei municipal que proíbe a utilização de máscaras durante protestos. Esses serão utilizados para que se possa analisar e observar a atitude dos diferentes agentes no processo: aqueles responsáveis pela criação das leis (examinando o projeto de lei e sua exposição de motivos),

COSTA, Renata Almeida da; BRANDÃO, Alexandre Fleck Soares; SCHWARTZ, Germano. As respostas do direito e da política às jornadas de junho: uma análise da judicialização e do processo de criminalização na Cidade de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 291-307. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

aqueles responsáveis pela investigação (analisando as investigações e o indiciamento) e aqueles responsáveis pela atuação direta na rua de policiamento ostensivo (observando as ações da Brigada Militar e as violações de Direitos Humanos cometidas por tais órgãos da Segurança Pública).

3. O RELATÓRIO DA COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA CÂMARA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE

O dossiê elaborado pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara de Vereadores de Porto Alegre, durante o mês de julho de 2013. Consiste no resultado de uma audiência pública de mais de três horas, quando dezessete vítimas de violência policial foram ouvidas e denunciaram múltiplas violações (Comissão de Direitos Humanos da Câmara Municipal de Porto Alegre 2013). De acordo com o documento, as pessoas ouvidas foram unânimes em denunciar o fato de que todos os policiais que trabalhavam nos protestos não estavam identificados de nenhuma forma; eles tinham removido suas tarjas de identificação dos uniformes. Deve-se ressaltar que sua utilização é um instrumento utilizado para evitar violações e condutas inapropriadas dos agentes policiais, uma vez que torna fácil a identificação dos agentes responsáveis por qualquer ato (Comissão de Direitos Humanos da Câmara Municipal de Porto Alegre 2013). A remoção dessas tarjas, uma atitude claramente tolerada pelos superiores e oficiais responsáveis pelas operações, tornou impossível para que qualquer um que fora sujeitado à violência identificasse os agentes públicos responsáveis por violações de Direitos Humanos.

A audiência pública também verificou que os policiais que efetuaram as prisões estavam presentes durante exames de corpo de delito e outros exames periciais realizados por médicos. Esses exames são um dos momentos em que o preso pode denunciar abusos por parte da polícia para os médicos, conduzindo os procedimentos, devendo ser privados e livres de qualquer tipo de coerção. A presença do agente repressivo que efetuou a própria detenção é, em si mesma, uma forma de intimidação não só do preso, mas também do médico, que está lá de forma a verificar quaisquer lesões que possam ter sido causadas pela ação do agente público (Comissão de Direitos Humanos da Câmara Municipal de Porto Alegre 2013).

Além do já referido, a Comissão verificou que todos os ativistas presos cometeram os mesmos crimes: desobediência, desacato e resistência. Alguns foram presos por formação de milícia privada e formação de quadrilha, ainda que, de acordo com o mesmo relatório, não houvesse nenhuma prova de que eles sequer se conheciam (Comissão de Direitos Humanos da Câmara Munici-

COSTA, Renata Almeida da; BRANDÃO, Alexandre Fleck Soares; SCHWARTZ, Germano. As respostas do direito e da política às jornadas de junho: uma análise da judicialização e do processo de criminalização na Cidade de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 291-307. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

pal de Porto Alegre 2013). Além disso, houve diversas denúncias envolvendo prisões e imputações falsas, força excessiva, tiros à queima roupa de bala de borracha, uso abusivo de gás lacrimogêneo e armas de *taser*, recusa no acesso a advogados e até tortura (Comissão de Direitos Humanos da Câmara Municipal de Porto Alegre 2013).

É bastante claro que prisões falsas e forçadas, força excessiva e outros abusos configuram o que (Young, 2011) definiu como reação social desproporcional ao problema. Não tão óbvio, contudo, é o fato de que a atividade policial e as políticas sociais em si contribuíram para as prisões e criaram um cenário de consequências desproporcionais, talvez até irônicas.

Como já se afirmou, convém enfatizar que todos os depoentes foram presos por desobediência, desacato e resistência, e todos esses crimes possuem algo em comum: eles não são o resultado de uma *ação* dos ativistas, mas de uma *reação*. Dito de outra forma, a exata natureza desses crimes requer a ação ou a presença de um servidor público. Tais medidas não estão, de forma alguma, relacionadas às pautas dos protestos, tampouco constituem método dos ativistas, mas sim, uma resposta à atuação policial. Não haveria crime de desacato se não houvesse autoridade policial nos protestos; nenhuma desobediência, se nenhuma ordem tivesse sido emitida; nenhuma resistência, se prisões não tivessem sido efetuadas. Parece adequado interpretar o cenário da mesma maneira que (Young, 2011, 251) analisou a violência relacionada à guerra às drogas. Ela é "an instance of secondary deviance, not primary deviance: the problem was socially constructed creating secondary harm much greater than the primary harm of the drug itself. It was the moral panic that created something to panic about, not the thing itself".

As imputações também auxiliam na ilustração do que (Becker 1966) define como os interesses dos *rule enforcers*, adquirir respeito daqueles com quem ele lida e justificar a sua existência, bem como ilustra também as consequências disso. Se o crime de desobediência e desacato serve de instrumento para proteger a Administração Pública, assim como o servidor público (Bitencourt, 2012), a aplicação desses crimes e a efetiva prisão pela polícia são uma clara mensagem: tentativa de estabelecer o seu respeito, a exigência do reconhecimento de sua autoridade. Ao mesmo tempo em que os policiais intimidam os manifestantes, aumentam os índices de criminalidade, o que contribui para o pânico moral. Como consequência, os policiais justificam sua existência, sua postura, sua atitude e sua importância.

Deve-se ressaltar que essas ações não devem ser interpretadas como uma resposta coletiva senão como uma política pública em si. Como defende Wacquant (2009), a política de segurança pública atua como um mecanismo ativo

COSTA, Renata Almeida da; BRANDÃO, Alexandre Fleck Soares; SCHWARTZ, Germano. As respostas do direito e da política às jornadas de junho: uma análise da judicialização e do processo de criminalização na Cidade de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 291-307. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

de gerenciamento de resistência social e tenta produzir mais resignação. Essa técnica, conforme apregoa o autor, utiliza como instrumento e combustível para sua propagação, as reações morais e medos em relação a desvios percebidos (Wacquant, 2009).

Assim, apesar de a ação policial buscar respeito e legitimação, ela além de ter falhado em seu propósito, realizou exatamente o oposto. Conforme já referido, o aumento da repressão atuou como catalisador para o aumento dos protestos no Brasil. Além disso, as pautas defendidas pelo (Bloco de Luta pelo Transporte Público 2013) em Porto Alegre ilustram um claro antagonismo entre os ativistas e a Brigada Militar. Em vez do respeito às autoridads, a reação foi a de denunciar os abusos, as prisões, além de buscar a retirada das acusações, não aceitar, respeitar e acatar a autoridade da Brigada.

4. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DAS JORNADAS DE JUNHO

Seguindo as Jornadas de Junho em Porto Alegre, algumas investigações foram conduzidas pela Polícia Civil de forma a determinar os responsáveis por, primeiramente, danos à propriedade pública e privada e furtos. Essas investigações, mais tarde, foram concentradas e reunidas em um único inquérito policial: 17/2013/100204-A. Ainda que a data inicial do inquérito seja 28.06.2013, o documento contém material investigativo a partir de fevereiro de 2013 (Inquérito Policial 2013).

As investigações tiveram início com a prisão de Guilherme por atirar pedras contra policias em frente ao Palácio da Polícia em Porto Alegre. Após seus depoimentos, foi mostrado aos agentes responsáveis pela prisão, um livro de fotos de pessoas que já haviam sido presas por crimes semelhantes em outros protestos. Eles identificaram Vicente, um conhecido ativista anarquista e integrante do Bloco de Lutas como um dos ativistas presentes no ato e como um dos que estava entoando gritos de guerra contra o governo e "falando com os mascarados vestidos de preto" (Inquérito Policial 2013).

Inúmeros relatórios da inteligência foram elaborados após esses relatos, todos eles concluindo que havia um grupo específico nos protestos, o Bloco de Lutas, com um propósito claro: causar danos aos patrimônio público e privado. Os relatórios identificavam uma divisão dentro do grupo: um lado político, encarregado de entoar os gritos e conduzir a marcha enquanto o outro, o lado violento responsabilizava-se pelo confronto com a polícia, os furtos e por outros crimes. Um lado era cúmplice do outro. Após a identificação de possíveis líderes do Bloco de Lutas, mandados de busca e apreensão foram requeridos ao Judiciário e executados nas casas de seis pessoas que, Segundo as informações

da Inteligência, foram identificados como os mais influentes e importantes participantes do Bloco de Lutas (Inquérito Policial 2013).

Durante a execução desses mandados, computadores e cadernos foram apreendidos, assim como literatura Anarquista, Comunista e outras de extrema esquerda. Recolheram-se panfletos, bandeiras pretas e quaisquer outros objetos "que poderiam provar a conexão entre os investigados e uma 'ideologia perigosa' que é comum a todos os participantes do Bloco de Lutas" (Inquérito Policial 2013). Diversos livros de autores como Proudhom, Trotsky, Bakunin e Marx foram coletados como provas pela polícia. Além disso, imagens foram captadas das paredes de duas residências vasculhadas, pois continham o "A" anarquista, mais tarde, categorizado pela polícia como evidência da "presença de uma ideologia que não respeita nenhum tipo de instituição estatal". Bandeiras também foram retiradas, com seus mastros, sendo consideradas "armas perigosas utilizadas no confronto com a polícia" (Inquérito Policial 2013).

O inquérito conclui com o indiciamento de Guilherme bem como de outros seis membros do Bloco de Lutas pela constituição de milícia privada e outros crimes, incluindo dano, utilização de artefatos explosivos e furto. O relatório final também identifica que os crimes foram cometidos por ativistas anarquistas, "aqueles com bandeiras negras e vestidos de preto" e que esses crimes constituíam graves violações, uma vez que "colocavam em perigo o direito das pessoas de se manifestarem e protestarem, bem como a própria democracia" (Inquérito Policial 2013).

O mesmo inquérito ilustra uma nítida imagem dos "vândalos" presentes nos atos, construindo um estereótipo negativo daqueles considerados desviantes. Anarquistas, mascarados, vestidos com roupas pretas, portadores de bandeiras negras e armas perigosas, todos preparados para cometerem diversos crimes, motivados por essa ideologia perigosa que não respeita as instituições. Desse modo, a construção desse *desviante modelo* não serve tão somente como instrumento da investigação policial, senão constitui elemento do Pânico Moral (Young, 2011).

Além disso, deve-se ressaltar que detalhes das investigações e relatos policiais, especialmente aqueles envolvendo o estereótipo já relatado e a gravidade dos crimes que teriam sido cometidos, vazaram e foram utilizados de forma extensiva pela imprensa (Carlos Rollsing, Zero Hora 2014) (Carlos Rollsing, Zero Hora 2014) (Zero Hora 2014) (Correio do Povo 2014). Da mesma forma, o termo "ideologia perigosa" foi largamente utilizado. Deduz-se que esse fato contribui para a criação do pânico moral, assim como demonstra a força do estereótipo negativo estabelecido.

COSTA, Renata Almeida da; BRANDÃO, Alexandre Fleck Soares; SCHWARTZ, Germano. As respostas do direito e da política às jornadas de junho: uma análise da judicialização e do processo de criminalização na Cidade de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 291-307. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Irônico, contudo, é o fato de que os indiciados não se enquadravam no estereótipo criado pela polícia. Mesmo após meses de investigação, somente dois dos indiciados foram fotografados utilizando roupas pretas, segurando bandeiras pretas ou usando máscaras. Três dos indiciados não são anarquistas, apenas membros filiados de partidos de esquerda socialista (PSTU e PSOL) e somente dois dos indiciados já haviam sido presos (Inquérito Policial 2013). Dos treze livros apreendidos como prova pela polícia, somente cinco deles podem ser considerados anarquistas (os outros eram de Marx, Trotsky e Lenin). A partir da perspectiva traçada pelos investigadores, apresenta-se irracional o indiciamento de suspeitos que claramente não se encaixam no perfil. Além disso, o confisco ou a apreensão de livros, por si só, já teria justificativa inaceitável racionalmente, e motivar a ação em virtude da presença de uma "ideologia perigosa" tampouco auxilia nessa tarefa.

5. AS NOVAS LEIS SOBRE MANIFESTAÇÕES: A PROIBIÇÃO DO USO DE MÁSCARAS EM PORTO ALEGRE DURANTE OS PROTESTOS E OS PÂNICOS MORAIS

Alguns meses após os protestos de junho, a Vereadora Mônica Leal, do Partido Progressista, submeteu o PLL 312/13, um Projeto de Lei que proibia a utilização de máscaras ou qualquer outra forma de ocultação do rosto em protestos públicos na cidade de Porto Alegre. O Projeto também determina que o direito constitucional de reunião e manifestação deve ser exercido pacificamente, sem a utilização de qualquer tipo de arma, sem máscaras ou qualquer material para ocultar o rosto, e com a combinação prévia com as autoridades policiais (Projeto de Lei 312/13 2013).

De acordo com a vereadora, o País tem ministrado lições preciosas em cidadania. As pessoas foram às ruas pedir melhores serviços públicos: saúde, educação, transporte e segurança. Embora a Constituição proteja a livre manifestação, vedando o anonimato, "este tem estado presente nos últimos protestos, por trás de máscaras, panos e outras formas de protestantes ocultarem sua identidade" (PL 312/13 2013). Monica declara que é possível chamar a atenção e alcançar os objetivos com palavras de ordem, marchas organizadas, cartazes, mas a violência ou outro tipo de agressão deslegitimam o movimento e a busca por mudanças. Além disso, ela defende a ideia de que as agências de controle social formal devem aumentar a repressão e a sua atividade durante os protestos, "restringindo os rostos cobertos na multidão e exigindo a identificação daqueles que tentam manter-se no anonimato" (PL 312/13 2013).

COSTA, Renata Almeida da; BRANDÃO, Alexandre Fleck Soares; SCHWARTZ, Germano. As respostas do direito e da política às jornadas de junho: uma análise da judicialização e do processo de criminalização na Cidade de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 291-307. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

"É necessário lutar por coisas específicas, pautas concretas. Contudo, é necessário organização para que essas pautas sejam válidas e obtenham resultado, pois um simples ato de vandalismo e agressão não caracterizam um protesto" – diz a exposição de motivos do projeto de lei. "A população não está contente com o vandalismo porque, infelizmente, existem aqueles que, mascarados e armados, infiltram-se em nos atos públicos para cometer crimes e praticar outras atividades ilícitas, abusando do poder da polícia local" (PL 312/13 2013).

A exposição de motivos do projeto de lei é ilustrativa do protótipo do *rule creator*, o *moral crusader* que tenta forçar sua moral em outras pessoas (Becker, 1966). A proposta busca manter o que Ferrell (2004) define como tédio da modernidade tardia: ela consome a revolta, criminaliza a resistência e vende de volta empolgação enlatada e plastificada. É uma tentativa de tornar ilegal a situação explosiva de protestos e movimentos sociais e reestabelecer o cotidiano normal através de uma versão reduzida e cortada de manifestações (Ferrell, 2004). Aceitando e defendendo unicamente manifestações com forma e formato conservador, bem como criando um pânico moral em relação a outras formas de resistência, a Vereadora busca manter o *status quo* com seu Projeto (Hall, et al. 1978).

A irracionalidade da reação social apresentada pelo Projeto pode ser verificada a partir de uma comparação com o inquérito policial previamente analisado. Conforme já dito, houve somente dois indiciados que, de fato, utilizaram máscaras, e isso não impediu as investigações e a identificação, conforme alega o projeto (Inquérito Policial 2013). Pelo contrário, a polícia, na verdade, utilizou imagens em que os indiciados estavam usando máscaras para encontrar a suposta conexão entre estes e aqueles que estavam causando dano ao patrimônio público.

De outra banda, o Projeto, ao invés de tratar das razões ou consequências diretas dos protestos, criou manobras diversionistas. Essa *reactive law* (Krinsky, 2013) significa um ato de resistência do *establishment*, ao invés de lidar com as pautas e demandas dos protestos de junho como transporte público, saúde e educação, ele busca diminuir a instabilidade social trazida pela presença massiva de pessoas na rua por meio de uma tentativa de gerar mais medo e raiva em relação a pessoas que parecem apresentar um risco à ordem social (Krinsky, 2013).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os empreendedores morais desempenharam uma função significativa na geração e na percepção de desvios durante os protestos de junho de 2013 em Porto Alegre. A análise do relatório da Comissão de Direitos Humanos mos-

COSTA, Renata Almeida da; BRANDÃO, Alexandre Fleck Soares; SCHWARTZ, Germano. As respostas do direito e da política às jornadas de junho: uma análise da judicialização e do processo de criminalização na Cidade de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 291-307. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

trou que as ações da Brigada Militar agiram como um local de desvio secundário, produzindo um dano muito maior que o desvio anterior (Young, 2011). A tentativa de obter respeito e a necessidade de justificar sua existência, na verdade, provocaram exatamente o oposto do pretendido. O aumento da repressão policial atuou como um catalisador para o aumento dos protestos, não só em Porto Alegre, mas no Brasil como um todo. Não só isso, mas ela também modificou as pautas dos movimentos sociais; os abusos policiais rapidamente foram incorporados às palavras de ordem e aos repúdios dos ativistas.

Além disso, as investigações criminais contribuíram para a criação de um estereótipo negativo dos desviantes, que consistia basicamente na figura do anarquista, vestido de preto, utilizando uma máscara para cobrir seu rosto. A construção desse modelo de desviante serviu como instrumento para a investigação policial, assim como constituiu-se em um elemento do Pânico Moral formado em relação aos protestos de junho.

Já o Projeto de Lei (PPL 312/13), ao invés de tratar das razões ou das consequências diretas dos protestos, criou manobras diversionistas. Essa *reactive law* (Krinsky, 2013) é um ato de resistência do *establishment*. Mais: ao invés de lidar com pautas e demandas dos protestos de junho como transporte público, saúde e educação, ele busca diminuir a instabilidade social trazida pela presença massiva de pessoas na rua por meio de uma tentativa de gerar mais medo e raiva em relação a pessoas que parecem apresentar um risco à ordem social (Krinsky, 2013).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Marcelo Mayora. *Entre a cultura do controle e o controle cultural: um estudo sobre práticas tóxicas em Porto Alegre*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BECKER, Howard S. *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*. New York: The Free Press, 1966.

BEN-YEHUDA, Nachman. "Presentation." *British Journal of Criminology*, n. 49, 2008.

BITTENCOURT , Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BLOCO DE LUTA PELO TRANSPORTE PÚBLICO. Facebook do Bloco de Luta pelo Transporte Público. 02 13, 2013. [www.facebook.com/488875294508389/photos/a.491289484266970.111821.488875294508389/491290604266858/?type=1&theater]. (accessed 04 17, 2014).

ROLLSING, Carlos; WAGNER, Carlos; TREZZI, Humberto. Zero Hora. 15.02.2014. [http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/02/radicais-teriam-alicia-do-criminosos-para-protestos-de-2013-em-porto-alegre-4420666.html]. (Acesso em: 20.04.2014).

_____. Zero Hora. 14.03.2014. [http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/03/sete-jovens-sao-indiciados-por-formacao-de-milicia-em-protestos-na-capital-4446063.html] (acesso em: 20.04.2014).

CHAUÍ, Marilena. As manifestações de junho de 2013 na cidade de São Paulo. *Alternativas poético-políticas ao direito a propósito das manifestações populares em junho de 2013 no Brasil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA CÂMARA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. *Dossiê manifestações em Porto Alegre: Violações de Direitos Humanos por parte da Brigada Militar.* Porto Alegre, 2013.

CORREIO DO POVO. Correio do Povo. 14.03.2014. [www.correiodopovo.com.br/Noticias/?Noticia=520749]. (Acesso em: 21.04.2014).

FERREL, Jeff. Boredom, Crime and Criminology. *Theoretical Criminology*. 2004: 287.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Alternativas poético-políticas ao direito: a propósito das manifestações populares em junho de 2013 no Brasil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FISHMAN, Mark. Crime Waves as Ideology. *Social Prolems*. June de 1978.

G1. Protestos de junho e julho. 12.07.2013. [http://g1.globo.com/brasil/protestos-2013/infografico/platb]. (Acesso em: 17.04.2014).

HALL, S., C. Critcher, T. Jefferson, J. Clarke, B. Roberts. *Policing the Crisis: Mugging, the State, and Law and Order*. Houndmills: Palgrave Macmillan, 1978.

HAYWARD, Keith. *Resistência Globalizada: da Primavera Árabe ao Brasil.* Porto Alegre, 2013.

INQUÉRITO POLICIAL. 17/2013/100204-A (Polícia Civil, 28.06.2013).

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. 02.04.2014. [http://cidades.ibge.gov.br/painel/painel.php?codmun=431490]. (Acesso em: 10.03.2014).

KRINSKY, Charles. Introduction: The Moral Panic Concept. *The Ashgate Research Companion to Moral Panics*, 1-14. Irvine: Ashgate, 2013.

MOVIMENTO PASSE LIVRE. *Cidades Rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil.* São Paulo: Boitempo, 2013.

OLIVEIRA, Samir. Estudantes, rodoviários e TCE opõem-se a aumento de tarifa em Porto Alegre. 06.02.2013. [www.sul21.com.br/jornal/estudantes-rodoviarios-e-tce-resistem-a-aumento-da-passagem-em-porto-alegre] (Acesso em: 15.04.2014).

_____. Após liminar da Justiça, protesto contra aumento da passagem vira festa no meio da chuva. *Sul21*, 05.04.2013.

PRESTES, Felipe. Juiz acata pedido de liminar do PSOL e suspende último aumento da passagem. Sul21, 04.04.2013.

PROJETO DE LEI 312/13. (Câmara Municipal de Porto Alegre, 26.09.2013).

REISS, Albert J. *The Police and the Public.* New Haven: Yale University Press, 1972.

COSTA, Renata Almeida da; BRANDÃO, Alexandre Fleck Soares; SCHWARTZ, Germano. As respostas do direito e da política às jornadas de junho: uma análise da judicialização e do processo de criminalização na Cidade de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 115. ano 23. p. 291-307. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

ROLNIK, Raquel. *Cidades rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2013.

SKOLNICK, Jerome H. *Justice Without Trial: Law Enforcement in Democratic Society*. New York: Wiley, 1994.

UOL. Repórter da TV Folha é atingida no olho por bala de borracha durante protesto em SP. 14.06.2013. [http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/13/reporter-da-tv-folha-e-atingida-no-olho-por-bala-de-borracha-durante-protesto-em-sp.htm]. (Acesso em: 17.04.2014).

VITAGLIANO, Luís Fernando. Jornadas de Junho: três enganos e uma hipótese. *Jornal Sul21*, 29.10.2013.

WACQUANT, Loic. A Sketch of the Neoliberal State. *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Londres: Duke University Press, 2009.

YOUNG, Jock. Moral panics and the transgressive other. *Crime Media Culture*, 16.12.2011: 245-258.

ZERO HORA. ZH Notícias. 08.02.2011. [http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2011/02/confira-a-evolucao-das-tarifas-de-onibus-em-porto-alegre-3202827.html]. (Acesso em: 10.05.2014).

ZERO HORA. 14.03.2014. [http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/03/saiba-o-que-dizem-os-manifestantes-indiciados-por-supostos-delitos-praticados-em-protestos-na-capital-4446122.html] (Acesso em: 20.04.2014).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A desobediência civil como estratégia dos movimentos sociais pelo acesso ao espaço político, de Pedro Iris Paulin – *RDCI* 74/235-288 (DTR\2011\1256);
- As manifestações públicas e as liberdades de expressão e de reunião, de Waldir Alves – *RT* 953/129-175 (DTR\2015\1536);
- Aspectos contemporâneos da criminalização dos movimentos sociais no Brasil, de Geraldo Prado et al – *RBCCrim* 112/245-259 (DTR\2015\1983);
- Máscaras amordaçadas? A liberdade fundamental de reunião e os limites constitucionais à restrição legislativa dos direitos fundamentais, de Alceu Mauricio Junior – *RT* 956/193-215 (DTR\2015\7807); e
- O poder sem máscaras: A proteção judicial dos direitos democráticos em face das violações produzidas pela Lei 6.528 do Estado do Rio de Janeiro, de Arlei de Lourival Assucena – *RTRJ* 3/73 (DTR\2014\3221).

COSTA, Renata Almeida da; BRANDÃO, Alexandre Fleck Soares; SCHWARTZ, Germano. As respostas do direito e da política às jornadas de junho: uma análise da judicialização e do processo de criminalização na Cidade de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 291-307. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

82137

Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg

The harm principle and its reflections on criminal law: an interpretation based on Joel Feinberg

João Paulo Orsini Martinelli

Pós-doutor em Direito (Universidade de Coimbra). Doutor e Mestre em Direito Penal (Universidade de São Paulo). Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense.
jpmart@terra.com.br

José Danilo Tavares Lobato

Pós-doutor, Doutor e Mestre em Direito. Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro e Defensor Público/RJ.
jdanilotl@hotmail.com.

Humberto Souza Santos

Mestre em Direito Penal e Criminologia (Universidade Cândido Mendes). Doutorando em Direito Penal (Universidade do Estado do Rio de Janeiro). Advogado no Estado do Rio de Janeiro.
humbertosouzasantos@hotmail.com

Área do Direito: Penal

Resumo: A partir da doutrina de Joel Feinberg, o presente artigo discorre sobre o *harm principle*, princípio da filosofia ética próprio dos países da *Common Law*. A base do estudo é a obra *The Moral Limits of Criminal Law*, composta por quatro volumes, na qual Feinberg aborda possíveis comportamentos indesejados pela sociedade e a legitimidade do Estado para proibi-las e puni-las por meio do direito penal. Apontam-se importantes críticas às ideias de Feinberg e, ao final, aproxima-se a teoria do bem jurídico, típica do sistema romano-germânico, do conceito de *harm principle*, a fim de demonstrar como um sistema pode complementar o outro.

Abstract: This article discusses the harm principle, the principle of ethical philosophy, typical of Common Law countries, with emphasis on the doctrine of Joel Feinberg, whose work devoted to its application in criminal law. The basis of the study is the work "The Moral Limits of Criminal Law", consisting of four volumes, in which Feinberg addresses potential undesirable behaviors by society and the legitimacy of the state to prohibit them and punish them by criminal law. Also important critiques are pointed to Feinberg's doctrine ideas and suggestions to remove the harm concept of mere welfare of the individual. At the end, the study approaches the

Martinelli, João Paulo Orsini; Lobato, José Danilo Tavares; Santos, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

theory of the legal interest, typical at Roman-Germanic system, to the concept of harm principle in order to demonstrate how a system can complement each other.

PALAVRAS-CHAVE: *Harm principle* - Lesão - Bem jurídico - Joel Feinberg - Utilitarismo.

KEYWORDS: Harm principle - Harm - Legal interest - Joel Feinberg - Utilitarianism.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Conceito de *harm principle* - 2. A doutrina do *harm principle* em Joel Feinberg - 3. Críticas à doutrina de Joel Feinberg - 4. *Harm principle* e teoria do bem jurídico: distinção, semelhanças e possíveis interconexões - Conclusão - Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico-penal de tradição romano-germânica vale-se do bem jurídico como razão legitimadora da criminalização de comportamentos considerados lesivos ou perigosos. O legislador elege o interesse que merece "tutela" penal e descreve uma conduta que presume ser-lhe lesiva ou perigosa, cominando uma pena respectiva. Assim, está estruturada a parte especial do Código Penal brasileiro, que se encontra dividida segundo os interesses e bens jurídicos selecionados pelo legislador. A parte especial é formada por títulos que, por sua vez, são compostos de capítulos, ordenados, de um modo geral, tendo como referência os interesses e bens jurídicos.

O direito penal fundado na teoria do bem jurídico deve obedecer a certos princípios de limitação do poder punitivo do Estado, dentre os quais, destacam-se os da lesividade, proporcionalidade, subsidiariedade e culpabilidade. Destaque-se que esses princípios têm o bem jurídico como referencial, de modo que o comportamento humano incriminado deve ser lesivo ou perigoso ao bem jurídico, a pena deve ser proporcional à lesão, se houver outra forma de proteger o bem jurídico o direito penal perde sua legitimidade e a relação entre o agente e o bem jurídico deve envolver dolo ou culpa.

Com a constatação de que novos interesses sociais vêm sendo declarados como merecedores de proteção penal, surgem algumas questões interessantes acerca do uso da tradicional teoria do bem jurídico. Enquanto algumas dessas questões tratam da possibilidade de interesses coletivos ou difusos serem convertidos em bens jurídico-penais, outras lidam com o conflito entre os novos interesses e valores tradicionais, como, por exemplo, a vida humana. De um modo geral, podem ser pontuados conflitos envolvendo a ordem tributária, o sistema financeiro, a transfusão de sangue por coação em

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Testemunhas de Jeová, a interrupção de tratamento de pacientes em estado terminal e o uso de drogas.

Diante desses desafios, à teoria do bem jurídico tem faltado uma satisfatória capacidade de rendimento. Essa incapacidade de responder aos novos tempos reflete-se nos âmbitos teórico e prático. Por essa razão, propõe-se, a partir de um princípio da filosofia ética próprio do sistema da *Common Law*, um socorro à teoria do bem jurídico. Os fundamentos oferecidos pela doutrina do *harm principle* são úteis para complementar a teoria do bem jurídico na resolução de conflitos que envolvam tanto bens supraindividuais, quanto questões éticas.

1. CONCEITO DE *HARM PRINCIPLE*

Ao procurar o termo *harm* nos dicionários, diversos conceitos são encontrados. Segundo o dicionário Oxford, *harm* pode significar lesão física, dano material, perigo ou efeito nocivo, real ou potencial.[1] O dicionário *Cambridge* conceitua o termo como dano ou lesão física ou de outra natureza.[2] Já o dicionário *Merriam-Webster* aponta alguns sinônimos para *harm*: dano, ferimento, machucado, lesão.[3] Em síntese, o *harm principle* indica que o comportamento reprovável pelo direito penal, necessariamente, deve representar um prejuízo tangível considerável a um interesse socialmente relevante.[4]

Delimitando-se seu conceito à esfera do direito penal, *harm* aproxima-se muito do conceito de lesão aplicado à teoria do bem jurídico. Já há tempos a doutrina do direito penal defende a necessidade de perigo ou lesão a bem jurídico relevante para a criminalização de um comportamento, isto é, no sentido de deslegitimar que uma conduta seja elevada à condição de crime apenas por um desejo ou capricho do legislador. Isso porque criminalizar uma conduta que sequer produza risco é atitude de manifesta arbitrariedade do Estado. Segundo os princípios da lesividade e da subsidiariedade, apenas pode ser criminalizada a conduta que representar dano ou perigo de dano a um bem jurídico penalmente relevante e, mesmo assim, quando não houver outro meio de controle social para solucionar o conflito.

A doutrina costuma classificar os crimes conforme a necessidade de dano efetivo ou mero perigo para a consumação do delito. Um crime pode ser de dano

1. [http://oxforddictionaries.com/definition/english/harm?q=harm].
2. [http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/harm_1?q=harm].
3. [www.merriam-webster.com/dictionary/harm].
4. GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 8. ed. 2004. p. 2099.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

ou de perigo de acordo com a descrição típica. Crimes de dano são aqueles que requerem lesão efetiva ao bem jurídico tutelado pela norma. Nesses casos, o tipo descreve um comportamento por meio do qual o interesse protegido sofre uma modificação não desejada por seu titular. Nos crimes de perigo, ao contrário, o legislador não aguarda o dano efetivo, ou seja,o momento consumativo é antecipado para fase anterior à ocorrência da lesão. Em tais tipos, o comportamento descrito representa a exposição do bem jurídico ao mero risco de lesão. No crime de dano, a exposição dolosa ao perigo, sem resultado lesivo por motivos alheios à vontade do autor, configura tentativa. Por outro lado, no crime de perigo, resta consumado o crime mesmo sem lesão ao bem jurídico, uma vez que basta a possibilidade de sua ocorrência para a configuração da conduta típica.

Verifica-se, assim, que, para se criminalizar uma conduta no sistema romano-germânico, há preocupação em se estabelecer pressupostos mínimos. Nem todo comportamento humano é apto à reprimenda criminal, assim como nem todo perigo ou dano será suficiente para justificar uma sanção penal.

Por isso, de acordo com tais exigências, algumas espécies de comportamentos não podem ser objeto do direito penal. É a hipótese, por exemplo, daqueles meramente imorais e daqueles que representam dano apenas e tão somente ao próprio sujeito. Comportamentos meramente imorais atingem apenas o sentimento de um grupo de pessoas sem qualquer dano mínimo considerável. Condutas que digam respeito apenas ao próprio sujeito são aquelas que atingem somente a pessoa que pratica o ato, ou seja, trata-se de autolesão. Nesses casos, resta analisar se há bens indisponíveis cuja tutela autoriza o Estado a passar por cima da vontade de seu titular.

O *harm principle* possui fundamental importância na análise dos processos de criminalização. Suas diretrizes impõem limites ao poder punitivo do Estado, de modo a evitar a intervenção excessiva na vida privada. Quando o direito penal impõe padrões de comportamentos, a única preocupação deve ser evitar prejuízos consideráveis a interesses alheios. As proibições não podem simplesmente criar parâmetros de comportamentos forjados às vontades e caprichos do legislador. O direito penal não pode servir como instrumento de imposição de comportamentos orientados apenas por convicções morais, pois cada um pode praticar a conduta que quiser, desde que não prejudique interesses alheios.

Em sua clássica obra *On Liberty*, Stuart Mill sintetiza a ideia do *harm principle* considerando a liberdade humana como fator determinante na orientação da política de proibição de comportamentos.[5]

5. MILL, John Stuart. *On liberty*. Londres/Nova Iorque: Penguin Classics, 1985. p. 67.

O princípio afirma que o único fim para o qual a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer membro da comunidade é a autoproteção. O único propósito para o qual o poder pode ser corretamente exercido sobre os membros de uma comunidade civilizada contra sua própria vontade é prevenir a lesão a terceiros. O próprio bem da pessoa, físico ou moral, não é uma autorização suficiente.[6]

Trata-se de um princípio de cunho liberal, que condiciona a intervenção do Estado na liberdade individual apenas quando o comportamento for passível de provocar danos alheios. No caso de autolesões, deve-se preservar a liberdade individual, exceto nos casos em que a pessoa não possui plena autonomia. Para evitar as autolesões sem consentimento válido, existe a possibilidade de interferência estatal, já que falta liberdade plena de escolha por um comportamento lesivo. Trata-se de uma hipótese de paternalismo legitimado. No caso, falta capacidade para anuir sobre prejuízos a si mesmo.[7]

O *harm principle* valoriza a liberdade humana e as opções individuais. Cabe ao Estado impedir lesão a terceiros e autolesões praticadas por quem não tem capacidade de discernimento. A autonomia da vontade possui grande valor, pois sua presença tira a legitimidade do Estado de interferir no comportamento autolesivo de quem livremente pode fazer opções. Por outro lado, a ausência de autonomia para decidir legitima a interferência estatal, uma vez que se trata de lesão, a si próprio, praticada sem liberdade.

A liberdade individual deve ser respeitada quando o agente tiver condições de usá-la devidamente. Costuma-se apontar duas formas distintas: a liberdade positiva e a liberdade negativa. Por liberdade positiva, entende-se a capacidade de controlar a si mesmo com a imposição de regras próprias no comportamento, e por liberdade negativa, a ausência de interferências externas à pessoa, como a coerção ou qualquer outro meio que torne a atividade mais difícil ou até impossível de ser realizada.[8]

O Estado está legitimado a intervir nas situações em que o titular do interesse tutelado não possua condições de consentir. Quando houver capacidade plena de consentimento, deve-se reconhecer o direito à liberdade de abrir mão da tutela do Estado. Fora desses casos, a proibição de condutas não passa de

6. MILL, John Stuart. *On Liberty* (1859). Kitchener: Batoche Books, 2001. p. 13.

7. DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: FEINBERG, J.; GROSS, H. (orgs.). *Philosophy of Law*. Encino: Dickenson Publishing, 1975. p. 232.

8. DWORKIN, Gerald. Positive and negative freedom. In: AUDI, Robert. *Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge: Cambridge Press University, 2006. p. 726.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

imposição ou de valoração meramente moral de padrões de comportamentos. O *harm principle* funciona como um freio à criminalização de condutas que representem meras imoralidades, ou seja, condutas que não acarretem perigo ou lesão a interesse de terceiros.

A grande questão a ser discutida trata do conceito e do alcance do termo *harm*. Diversos autores, desde Stuart Mill, vêm se debruçando sobre o tema. A maior ou menor extensão dos limites de criminalização depende da acepção do conceito de ofensa ou lesão. Feinberg, objeto central deste estudo, foi quem mais escreveu a respeito desse tema. Sua obra, *The Moral Limits of Criminal Law*, foi desenvolvida em quatro volumes. Cada qual se refere a um tópico inerente ao *harm principle*, conforme sua concepção de legitimidade dos processos de criminalização.

2. A DOUTRINA DO *HARM PRINCIPLE* EM JOEL FEINBERG

Desde a clássica obra *"On Liberty"*, de Stuart Mill, publicada em 1859, têm sido realizados esforços na doutrina jurídico-filosófica de matriz anglo-americana para desenvolver, como critério de limitação à intervenção penal do Estado, a ideia de que uma conduta, para ser proibida, deve implicar necessariamente uma lesão ou dano. Esse caminhar jurídico-filosófico vem constituindo o princípio denominado *harm principle*, que atualmente serve como a diretriz capaz de revelar a legitimidade da proibição de determinados comportamentos e, por consequência, da imposição das respectivas penas.

Quase um século e meio depois de Stuart Mill, essa ideia foi trabalhada por Feinberg na extensa obra de quatro volumes denominada *The Moral Limits of the Criminal Law*, publicada entre 1984 e 1988, com o objetivo de apontar e analisar as espécies de conduta que poderiam ser legítima e justificadamente criminalizadas pelo Estado. Nela, Feinberg conclui que o Estado somente pode interferir no comportamento dos indivíduos de modo moralmente justificável quando essa interferência se revelar razoavelmente necessária para prevenir danos ou graves riscos de danos àqueles que não sejam o próprio sujeito sob o qual incide a intervenção.[9] Como danos são entendidos as lesões e os prejuízos causados aos interesses de outras pessoas, incluindo-se o que tradicionalmente compreendemos como bens jurídicos coletivos, num contexto em que a proteção deve, em última instância, servir para que os próprios indivíduos membros da coletividade sejam protegidos.[10]

9. FEINBERG, Joel. *Harm to others*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1984. p. 4 e 5.

10. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*. Munique: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 55.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

O primeiro volume da obra *The Moral Limits of the Criminal Law* foi publicada, em 1984, sob o título *"Harm to Others"* e trata de uma busca de determinação conceitual de lesão. Feinberg reconhece a ambiguidade do termo, que pode ser entendido em ao menos três sentidos. O primeiro é o incidente sobre coisas, como, por exemplo, os vidros de uma janela e o jardim de uma casa. Para esses casos, Feinberg prefere utilizar o termo "dano".[11] O segundo é o que toca à frustração de interesse, ocorrida em virtude da interferência de alguém nos planos de outrem com tal intuito.[12] O terceiro, por sua vez, é a violação ao direito de outro como decorrência de um injustificável comportamento contrário ao ordenamento jurídico.[13] O direito penal, segundo Feinberg, fundamenta-se na fusão desses dois últimos sentidos, isto é, de frustrações de interesses caracterizadas como ilegais e de ilegalidades que se revelam frustrações aos interesses de alguém.[14]

Nesse contexto, a incidência do *harm principle* depende da noção de "normalidade" para justificar a proteção concedida pelo Estado, cuja força coercitiva tem legitimidade somente para proteger os interesses de pessoas que sejam normalmente vulneráveis. Isso leva à análise quantitativa desse grau de vulnerabilidade. Se o grau de vulnerabilidade for alto, as circunstâncias do caso concreto irão indicar se o Estado pode ou não interferir no comportamento do indivíduo. Entretanto, se o incômodo causado pela conduta estiver abaixo dos padrões da normalidade, o que implica sua maior tolerabilidade, o incomodado deve recorrer a outros meios não coercitivos, já que meros desapontamentos não devem se tornar ofensas penalmente tuteladas.[15]

Feinberg explica que o interesse de alguém pode ser atingido por meio de um violar, um invadir, um enfraquecer, um retroceder, um provocar defeitos, um impedir a realização, um evitar e um destruir os interesses, que são comportamentos através dos quais o exercício de um direito ou o proveito de algum interesse de terceira pessoa torna-se atrapalhado, de modo a lhe frustrar um plano de vida.[16] Para identificar o que realmente seriam esses interesses, Feinberg recorre a uma lista daquilo que a jurisprudência estadunidense ressalta como interesses que devem ser resguardados por lei, tais como interesses

11. FEINBERG, Joel. *Harm to others* cit., p. 32.
12. FEINBERG, Joel. *Harm to others* cit., p. 33 e 34.
13. FEINBERG, Joel. *Harm to others* cit., p. 34 e 35.
14. FEINBERG, Joel. *Harm to others* cit., p. 36.
15. FEINBERG, Joel. *Harm to others* cit., p. 50.
16. FEINBERG, Joel. *Harm to others* cit., p. 51.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

da personalidade, interesses de propriedade, interesses de reputação, interesses nas relações domésticas, interesses na privacidade,[17] mas não apenas. Também ganham reconhecimento os interesses públicos. Aqui, encontram-se os que, em primeiro lugar, afetam diretamente as pessoas de forma coletiva, como a saúde, a segurança, a tranquilidade e, em segundo lugar, os que se referem à estrutura do Estado e não atingem diretamente os indivíduos, como o recolhimento dos tributos, a boa condução dos processos judiciais, a disciplina das Forças Armadas etc. Nesses casos, a violação das normas cometida por uma pessoa isolada não provoca lesão aos outros, mas sua repetição desenfreada afeta o bem estar social e torna inviável a vida em sociedade.[18]

Feinberg admite, todavia, situações em que o interesse de terceiro venha a ser prejudicado de modo moralmente admissível e lícito, como nas hipóteses correspondentes às circunstâncias de justificação e exculpação.[19] Em seguida, faz uma distinção entre direitos morais e direitos legais. Segundo seu critério, direitos morais são aqueles que nem sempre são exigíveis por lei, mas quando o são, tornam-se, também, direitos legais.[20] E, nesse ponto, somente direitos morais que se apresentem ao mesmo tempo como direito legais podem ser, por excelência, exigíveis do Estado, que, por sua vez, deve garantir a todos os indivíduos um padrão mínimo de bem estar. Em razão da obrigação do Estado de assegurar um padrão mínimo de bem estar, qualquer indivíduo pode opor-se à violação do direito de bem estar, embora Feinberg reconheça ser impossível ao legislador identificar o que significa, para cada indivíduo, bem estar, já que cada um tem sua própria consciência e personalidade.[21] Por isso, cabe ao Estado dar ao sujeito o direito de escolher o que é melhor para seu bem estar.[22]

Sob a perspectiva da liberdade de escolha, Feinberg admite a possibilidade de o indivíduo consentir com a frustração de seu próprio interesse. Fundado no princípio *volenti non fit injuria*, segundo o qual "para aquele que consente não há lesão", explica o autor que consentir com determinada conduta significa fazer parte dela. Por isso, o resultado decorrente do comportamento lesivo também é de responsabilidade daquele que consente.[23]

17. FEINBERG, Joel. *Harm to others* cit., p. 4-5 e p. 61.
18. FEINBERG, Joel. *Harm to others* cit., p. 63 e 64
19. FEINBERG, Joel. *Harm to others* cit., p. 109.
20. FEINBERG, Joel. *Harm to others* cit., p. 110.
21. FEINBERG, Joel. *Harm to others* cit., p. 112.
22. FEINBERG, Joel. *Harm to others* cit., p. 113.
23. FEINBERG, Joel. *Harm to others* cit., p. 115.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

No entanto, o princípio *volenti non fit injuria* somente pode ser aplicado nos casos em que o consentimento seja completo e voluntário. Isso significa que incide somente sobre casos nos quais não se constatem ameaça, fraude ou manipulação, ou seja, ocultação ou alteração de dados importantes sobre o fato. Se o consentimento for deficiente, a intervenção na esfera de liberdade do indivíduo fundada no princípio da lesão (*harm principle*) será, então, justificada, servindo, assim, para suplementar o princípio *volenti non fit injuria.*[24] De acordo com esse raciocínio, uma pessoa somente é considerada vítima quando sofre uma lesão não consentida praticada por um terceiro. [25] Por consequência, ninguém se converte em vítima de sua própria conduta, mesmo que esta lhe seja prejudicial, e diga-se o mesmo em relação a lesões oriundas de comportamentos de terceiros que validamente consentiu. Por isso, Feinberg entende que é possível a existência de delito sem vítima, nos casos em que o resultado lesivo atinge somente quem praticou a conduta ou diante do consentimento válido sobre os perigos produzidos pelo comportamento de um terceiro.[26]

Em 1985, Feinberg publicou o segundo volume de *The Moral Limits of the Criminal Law*, sob o título *"Offense to others"*. Nessa obra busca conceituar "ofensa" e indicar suas consequências para o direito penal. Feinberg desenvolve o conceito do *offense principle*, princípio da ofensa, que não se confunde com o *harm principle*,[27] e autoriza o legislador a coibir ofensas que, embora não se apresentem como dano, são sérias o suficiente para exigir uma eficiente e necessária prevenção.[28] Suas penas, contudo, devem ser menos graves do que os danos, dando-se preferência à multa em vez de prisão e, no caso de prisão, com o tempo restrito a dias, não chegando a meses ou anos.[29] Entretanto, mesmo essa intervenção penal, deve seguir alguns critérios, analisando-se, em primeiro lugar, se apresenta seriedade, razoabilidade e interesse social. Em segundo lugar, a intervenção deve depender da extensão e da duração do incômodo, do valor social da restrição à conduta ofensiva, da eficácia da norma em diminuir ou evitar a ofensa etc.[30] Feinberg descreve seis grupos de casos em que um incômodo – situações concretas de desconforto aos indivíduos – pode

24. FEINBERG, Joel. *Harm to others* cit., p. 116.
25. FEINBERG, Joel. *Harm to others* cit., p. 117-118.
26. FEINBERG, Joel. *Harm to others* cit., p. 117-118.
27. FEINBERG, Joel. *Offense to others* Nova Iorque: Oxford University Press, 1985. p. 1.
28. FEINBERG, Joel. *Offense to others* cit., p. 2.
29. FEINBERG, Joel. *Offense to others* cit., p. 4.
30. FEINBERG, Joel. *Offense to others* cit., p. 7-10.

se caracterizar como ofensa. O primeiro é a afronta ao bom senso. O segundo é o desgosto ou reprovação. O terceiro é o choque aos sentimentos morais, religiosos ou patrióticos. O quarto é a vergonha, o embaraço ou ansiedade. O quinto é a irritação, chateação e frustração. O sexto é o medo, a humilhação, o ressentimento e a raiva.[31]

O direito à privacidade surge, então, como importante escudo protetor dos indivíduos contra situações indesejáveis. Segundo Feinberg, o direito à privacidade pode ser sintetizado como o direito de se permitir ficar sozinho, mas não só, já que esse direito também se caracteriza pela não interferência de terceiros na escolha do indivíduo que opte por ficar sozinho.[32] A extensão da privacidade e da autonomia pessoal torna-se, então, um dos grandes problemas legislativos quando se considera quais condutas ofensivas merecem adquirir natureza criminal, uma vez que a criminalização de um comportamento é a forma mais violenta de intromissão do Estado na vida do indivíduo.[33]

Feinberg defende que, atendidos alguns requisitos, a seriedade da ofensa pode ser identificada. O primeiro deles é a durabilidade da repugnância decorrente da conduta e sua extensão em relação à generalidade de indivíduos que tenham um nível médio de tolerância. O segundo trata da facilidade de se evitar situações ofensivas. O terceiro consiste em saber se o indivíduo ofendido assumiu, de algum modo, o risco da ofensa, já que o princípio *volenti non fit injuria* incide tanto sobre o princípio da lesão (*harm principle*) quanto sobre o princípio da ofensa (*offense principle*).[34] A seriedade da ofensa varia, também, de acordo com a abrangência da conduta de alguém, entendida assim conforme um padrão médio de tolerância. Desse modo, caso seja constatado que um comportamento pode gerar uma ofensa a qualquer indivíduo que venha a presenciá-lo, haverá razão para que a lei preveja uma proibição de caráter universal.[35]

A seriedade de uma ofensa pode ser determinada por: (a) sua magnitude, no sentido de intensidade, duração e extensão; (b) sua razoável evitabilidade, que não exigiria grande esforço; (c) sua voluntariedade, isto é, até que ponto o ofendido colaborou com a conduta ofensiva; (d) sua normal tolerância, o que exclui da análise indivíduos que fogem do padrão de normalidade. A tolerância

31. FEINBERG, Joel. *Offense to others* cit., p. 10-13.
32. FEINBERG, Joel. *Offense to others* cit., p. 22-24.
33. FEINBERG, Joel. *Offense to others* cit., p. 24.
34. FEINBERG, Joel. *Offense to others* cit., p. 26.
35. FEINBERG, Joel. *Offense to others* cit., p. 27.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

quanto à própria ofensa não é, para Feinberg, um critério válido, já que cada indivíduo tem sua própria sensibilidade e tolerância, não cabendo, portanto, ao Estado determiná-la.[36] Já a razoabilidade da ofensa exige, em primeiro lugar, a importância do comportamento para quem o pratica, o que significa que quanto mais relevante para o agente atingir seus propósitos, mais razoável deve ser considerada sua ofensividade. Em segundo lugar, cumpre verificar o valor social da conduta. Quanto maior a utilidade social do comportamento praticado, maior será sua ofensividade. Em terceiro lugar, deve ser observada se a ofensa foi decorrente de uma expressão livre, não no sentido da própria opinião, já que esta não adquire ofensividade capaz de proibi-la, mas da maneira como foi externalizada. Em quarto lugar, é necessário analisar as oportunidades de comportamento do indivíduo, posto que quanto menores forem as possibilidades de agir de outro modo, menor peso terá a ofensa. Em quinto lugar, deve ser ponderado se a malícia ou a maldade foram os motivos que levaram o indivíduo a praticar o comportamento considerado ofensivo.[37] Em sexto lugar, impõe-se o exame da natureza das expectativas comportamentais do local em que o conduta foi praticada, posto que quanto mais comum for sua prática no lugar em que ocorreu, menor será seu grau de ofensividade. Não se deve perder de vista que Feinberg reafirma que meros incômodos não possuem grau de ofensividade suficiente para legitimar uma intervenção penal, de modo que, por não estarem abrangidos pelo princípio da ofensa, devem ser solucionados por outros meios.[38]

Feinberg publicou o terceiro volume de *"The Moral Limits of the Criminal Law"* em 1986, dando-lhe o título de *"Harm to Self"*. Nessa obra foi desenvolvida sua definição de paternalismo e expostas as circunstâncias em que este seria justificável.[39] Partindo do conceito de liberalismo, Feinberg compara os

36. FEINBERG, Joel. *Offense to others* cit., p. 42.

37. FEINBERG, Joel. *Offense to others* cit., p. 44.

38. FEINBERG, Joel. *Offense to others* cit., p. 90-94.

39. No Brasil, para uma compreensão do paternalismo jurídico: CARVALHO, Gisele Mendes de. Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, n. 12, vol. 7, p. 177-211, 2010; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito penal, paternalismo jurídico e tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013. p. 61-91; ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Boletim IBCCrim*, n. 179, vol. 15, p. 17-19, 2007; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge.

significados do termo paternalismo com outros princípios limitadores da liberdade de comportamento e conclui que somente o *harm principle* e o *offense principle* apresentam razões suficientemente boas e relevantes para a coerção penal do Estado.[40] Feinberg defende que, num Estado liberal, nenhum outro princípio limitador da liberdade tem a propriedade moral desses dois para legitimar a intervenção do direito penal e distingue duas grandes classes de paternalismo: paternalismo presumivelmente reprovável e paternalismo presumivelmente não reprovável. Paternalismo presumivelmente reprovável é aquele em que adultos são tratados como se fossem crianças ou crianças mais velhas são tratadas como se fossem mais novas, para que o bem do próprio indivíduo seja alcançado. Isso independente de o indivíduo protegido querer receber tal tratamento, o que é denominado de paternalismo benevolente. No entanto, caso se pretenda, além do bem do indivíduo protegido, ainda alcançar o bem de terceiros, independente do desejo destes terceiros, estar-se-á diante do chamado paternalismo não benevolente. Já o paternalismo presumivelmente não reprovável é o que se refere à defesa de pessoas relativamente vulneráveis a perigos externos, incluindo lesões de outros indivíduos nas hipóteses em que o protegido não consente voluntariamente, de maneira semelhante à proteção dos pais para com seus filhos menores.[41]

Feinberg afirma que o pressuposto para se caracterizar um ato como paternalista é sua orientação ao bem do indivíduo independentemente do desejo de ser protegido.[42] A partir deste ponto, apresenta classificações de leis paternalistas. A primeira fundamenta-se na espécie de conduta que o Estado, através da coerção legal, exige do indivíduo. De acordo com esse critério, o paternalismo divide-se em ativo e passivo. O paternalismo ativo exige que o indivíduo pratique um comportamento voltado ao alcance de um benefício e à evitação de um mal. O paternalismo passivo, por sua vez, busca um benefício e a evitação de um mal não através da exigência de um determinado comportamento do indivíduo, mas mediante a proibição da prática de determinada conduta. A segunda classificação gira em torno da quantidade de objetivos que se visa a alcançar por meio da intervenção estatal.[43] Por exemplo, se a pretensão da lei

---

Tipificação criminal da violência de gênero: paternalismo legal ou moralismo penal. *Boletim IBCCrim*, n. 166, vol. 14, p. 7-8, 2006.

40. FEINBERG, Joel. *Harm to self*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1986. p. 3.
41. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 5.
42. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 7.
43. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 8.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

for proteger o indivíduo simultaneamente contra lesões praticadas por terceiros e por si próprio ou, ainda, atingir outros resultados, será o caso de paternalismo mesclado ou eclético – *mixed paternalism*.[44] Contudo, se o objetivo da norma for somente evitar lesões consentidas que sejam praticadas por outros ou por si mesmo, será a hipótese de paternalismo genuíno ou puro – *unmixed paternalism*.[45] A terceira classificação funda-se no próprio objetivo que a lei paternalista visa a alcançar. Ou seja, se o objetivo da restrição de liberdade for a melhora na condição de um indivíduo, será a hipótese de paternalismo de promoção de benefício ou *benefit-promoting paternalism*.[46] Entretanto, se a busca da intervenção for evitar uma lesão ao indivíduo, ter-se-á um caso de paternalismo de prevenção de lesão ou *harm-preventing paternalism*.[47] A quarta classificação dá-se de acordo com as partes envolvidas pela norma paternalista. Se uma lei paternalista for aplicável às duas partes envolvidas, hipótese em que um indivíduo consente ou solicita a outro que lhe cause uma lesão, tem-se o denominado paternalismo indireto.[48] O paternalismo indireto incide quando alguém solicita ou consente com a lesão e outrem age para causá-la.[49] Nas hipóteses em que a norma paternalista recai somente sobre uma única parte, como, por exemplo, a obrigação de usar cinto de segurança em automóveis, tem-se o chamado paternalismo direto, em que o bem que se busca ao indivíduo não depende da conduta de outro indivíduo, mas somente daquele que se pretende proteger.[50] A quinta classificação trata da qualidade do indivíduo sob o qual a restrição de liberdade incide, de modo a caracterizar o paternalismo como rígido ou *hard* nas intervenções penais fundadas na necessidade de proteger adultos competentes contra comportamentos em consonância com sua própria vontade.[51] Apesar da concordância daquele que sofrerá a lesão, o propósito é evitar consequências prejudiciais aos indivíduos.[52]Em contrapartida, o paternalismo será moderado ou *soft* quando, diante da ausência de aceite daquele que será lesionado, destine-se a prevenir comportamentos lesivos ou,

44. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 8.
45. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 8.
46. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 8-9.
47. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 9.
48. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit.,p. 9-10.
49. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 10.
50. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 9-10.
51. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 12.
52. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 12.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

ainda, se a intervenção for temporariamente necessária para determinar a liberdade de vontade.[53] Em razão disso, Feinberg questiona se o paternalismo moderado se apresenta como uma verdadeira forma de paternalismo ou se, pelo contrário, seria um princípio antipaternalista.[54] Assim, afirma que, por estabelecer limites para a aceitação de uma intervenção penal paternalista, o paternalismo moderado não pode ser entendido como uma forma completa de paternalismo, mas como um princípio de restrição da liberdade que somente se legitima ao proteger o indivíduo de condutas externas e involuntárias, o que o permite ser considerado como uma forma de antipaternalismo moderado.[55]

A norma paternalista pode, também, ter seus fundamentos modificados posteriormente, isto é, a qualidade fundamental que a justificou no momento de sua elaboração pode ser alterada com o passar do tempo.[56] Feinberg explica que as normas paternalistas geralmente apresentam vários fundamentos para além da proteção ao indivíduo que sofre a restrição, em especial, quando a proteção dos interesses de uma maioria está ligada à proteção da minoria. Por outro lado, existem circunstâncias que se localizam no limite entre interesses do próprio indivíduo e de terceiros, denominadas "limiar da guarnição".[57] O suicídio de um pai de família, por exemplo, pode ser um problema exclusivo dele ou de toda a entidade familiar , caso esta dependa, para sobreviver, dos rendimentos do trabalho do suicida.[58] Da mesma maneira, o não uso do cinto de segurança pode ser visto como algo pertinente ao motorista acidentado ou um problema de saúde pública, posto que os custos com o tratamento poderiam ser inferiores caso as lesões mais graves tivessem sido evitadas.[59] Por isso, Feinberg afirma que não se pode ser taxativo na rejeição do paternalismo ou de qualquer outro princípio que visa a restringir a liberdade, já que sua legitimidade varia de acordo com as consequências que serão consideradas, o que implica a maior ou menor amplitude do sentido de lesão.[60]

Para Feinberg, é preciso elaborar uma definição de autonomia que não funcione somente como um argumento de equilíbrio entre questões confli-

53. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 12.
54. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 13.
55. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 13.
56. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 17.
57. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 22-23.
58. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 23.
59. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 23-25.
60. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 25.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

tantes, mas como um verdadeiro "triunfo".[61] Para tanto, é necessária a presença de argumentos morais mais contundentes do que o simples "cálculo" do resultado da eventual lesão e da interferência na liberdade.[62] Nesse sentido, Feinberg identifica quatro diferentes significados de autonomia que se encontram estreitamente relacionados. O primeiro é a autonomia como capacidade, segundo o qual o indivíduo autônomo possui a habilidade de se autogovernar fazendo escolhas racionais.[63] O segundo refere-se à autonomia como condição, compreendida por Feinberg como o conjunto de virtudes que condiciona o indivíduo ao autogoverno.[64] Essas virtudes são:[65] 1. impossibilidade do exercício da posse sobre outro indivíduo, posto que somente é admissível a posse sobre si próprio; 2. autenticidade, en tendida no sentido de que os desejos, as vontades e os sentimentos do indivíduo autônomo são, em geral, seus, de modo que o indivíduo não funcione como mero porta-voz ou representante de outrem; 3. autolegislação, isto é, a capacidade de criar as próprias regras morais, 4. capacidade de o indivíduo ter, além de preferências e opiniões autenticamente suas, convicções morais e princípios genuinamente seus; 5. fidelidade às próprias convicções, quer dizer, autenticidade moral que orienta o individuo a ser fiel aos seus princípios durante a condução de sua vida; 6. responsabilidade por si próprio, ou seja, quem faz uma escolha voluntária deve responder por suas consequências, o que é a ideia central de autonomia. O terceiro significado de autonomia consiste no ideal de um indivíduo realmente autônomo, com capacidade de autodeterminação completa e consistente o suficiente para estar em consonância com a exigência de sua posição de membro da comunidade.[66] O quarto significado de autonomia é o de se apresentar como um direito.[67] Esse entendimento equipara o direito de autonomia do indivíduo ao de soberania do Estado. Assim, do mesmo modo que não é permitida a interferência na organização de um Estado, em sua cultura, em suas relações, a não ser em casos extremos, como, por exemplo, o extermínio de sua população civil, ninguém pode intervir no comportamento do indivíduo com o intuito de protegê-lo, a não ser somente

61. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 26.
62. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 26.
63. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 28-31.
64. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 32.
65. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 32-44.
66. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 44-47.
67. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 47.

em situações extremadas.[68] Por outro lado, da mesma forma que um Estado soberano tem domínio sobre seu âmbito territorial, delimitado por metragem e coordenadas, que não pode ser invadido, o indivíduo tem domínio sobre o próprio corpo. Contudo, a soberania do indivíduo supera o domínio sobre o seu próprio corpo, posto que é possível sua violação sem que o corpo seja realmente tocado, como na hipótese em que alguém exiba uma cena indesejável, expila um odor desagradável ou produza sons inconvenientes sem autorização.[69] A invasão da privacidade é também uma forma de violar a soberania do indivíduo sem atingir seu "território", isto é, o próprio corpo. Feinberg questiona, então, quais seriam exatamente os "limites territoriais" do indivíduo, já que o conceito de paternalismo depende do estabelecimento dessa fronteira para conseguir identificar em quais hipóteses a interferência na liberdade individual está legitimada.[70]

Feinberg se pergunta, também, o que viria a ser o "próprio bem" do indivíduo. A resposta encontrada reside num conceito diretamente relacionado aos interesses pessoais, o que varia de indivíduo para indivíduo.[71] Nesse ponto, esclarece que quatro possíveis sentidos para o "próprio bem" do indivíduo podem ser identificados: 1. o direito de exercer a autonomia na medida em que esta promova o bem ao indivíduo; 2. o exercício da autonomia deve ser respeitado ainda que ocasione alguma forma de lesão ao indivíduo, em especial, quando a intervenção à liberdade for mais prejudicial do que a própria lesão; 3. independente do prejuízo que possa acarretar , a manifestação da autonomia individual é mais importante do que o próprio bem estar do indivíduo; 4. nas hipóteses em que o interesse do indivíduo e o exercício de sua autonomia não coincidam, intuitivamente deve ser decidido o que será melhor para o indivíduo de modo que não existe, a princípio, um critério de prioridade, nem em relação à sua autonomia nem em relação ao seu bem estar.[72]

Observe-se que a soberania do indivíduo deve ser respeitada dentro de determinados limites, que se apresentam por meio de hipóteses de falhas na vontade. A primeira possibilidade de falha na vontade consiste na compulsão, isto é, a conduta que, por impulso, leva o indivíduo a assumir um risco sem refletir o mínimo necessário. A segunda hipótese é a coerção, que se caracte-

68. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 49-51.

69. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 52-54.

70. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 56-57.

71. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 57.

72. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 57-62.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

riza como uma pressão externa experimentada pelo indivíduo. A terceira trata dos distúrbios psicológicos, como neurose, inibição, obsessão, além de outras espécies de incapacidades. A quarta é o erro sobre os fatos, que pode ou não ser provocado mediante fraude.[73]

O quarto e último volume de "*The Moral Limits of the Criminal Law*" foi publicado por Feinberg em 1988 sob o título "*Harmless wrongdoing*". Nesse volume estuda-se a legitimidade da criminalização de comportamentos que, embora moralmente injustos, não provocam lesões, bem como de condutas lesivas cobertas pela regularidade jurídica, como, por exemplo, o consentimento do ofendido. Feinberg refere-se a tais hipóteses valendo-se do termo *wrong* e sua criminalização é vista como moralismo legal, algo que deve ser rejeitado por um Estado fundado em preceitos liberais.[74] Para Feinberg, o moralismo legal, visa, de um modo geral, a, manter um meio de vida tradicional, impor a moralidade, evitar vantagens injustas e aperfeiçoar o caráter humano, enquanto que, de forma estrita, inclui a imposição, por meio da norma, de uma determinada espécie de moralidade.[75] O moralismo legal é diferenciado por Feinberg entre puro e impuro. O primeiro consiste na imposição de uma vedação de um comportamento considerado errado em si mesmo, já o último determina uma proibição com o intuito de se evitar outras espécies de danos para além da simples imoralidade.[76] Subsiste, assim, um nível mínimo de casos em que o moralismo legal encontrará inúmeros defensores argumentando a seu favor. Ou seja, mesmo atuando como princípio limitador da liberdade em hipóteses de condutas não lesivas ou inofensivas, existe a possibilidade de que um determinado mal seja passível de desapontamento ou desprezo geral. Nesses casos, suscitam-se razões favoráveis à criminalização desses comportamentos, o que torna mais difícil objetar as escolhas políticas da maioria

Apesar disso, Feinberg pontua que não pode o direito penal intervir em comportamentos imorais que não sejam protestadas pelo próprio ofendido, embora existam situações em que um padrão de estilo de vida se encontra de tal maneira radicalmente ameaçado que sua criminalização se torna legítima. São casos em que condutas imorais são capazes de transformar as estruturas de toda uma sociedade, o que constitui um mal em si mesmo, e fundamentam

73. FEINBERG, Joel. *Harm to self* cit., p. 189-228.

74. FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1986. p. XXVII-XXIX.

75. FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing* cit., p. 3-5.

76. FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing* cit., p. 8-9.

proibições que constituem, na verdade, formas de moralismo puro.[77] Feinberg afirma que transformações sociais são aceitáveis e colaboram para o desenvolvimento de uma comunidade, mas não podem ser toleradas condutas maléficas que atinjam bruscamente as expectativas dos indivíduos[78] já que os membros de uma comunidade se identificam fortemente com suas regras e os valores da comunidade integram a própria identidade de seus componentes.[79]

De acordo com Feinberg, nas hipóteses em que os interesses do indivíduo são diferentes dos da maioria, estes interesses devem ser respeitados e autorizados à medida que não entrem em conflito com os valores fundamentais da sociedade.[80] Isso porque violar um interesse da sociedade significa o mesmo que violar indiretamente os interesses das demais pessoas que são membros desta sociedade, o que autoriza o Estado a proibir tais comportamentos.[81] Contudo, não é qualquer interesse contrário aos da sociedade que poderá ser vedado, mas tão somente aquele que ocasione um infortúnio moral. Quer dizer, é uma moralidade entendida como um sistema de normas racionais aplicável a qualquer nação e comunidade, que pode inclusive se apresentar como um padrão para a crítica de normas convencionais estabelecidas em determinado marco temporal ou na própria comunidade a que se pertence.[82] Feinberg defende, também, a criminalização da exploração de um indivíduo por outro.

O termo exploração é entendido como a relação em que um indivíduo "manipula" ou "utiliza" por meio da força ou se vale de alguma fraqueza do explorado.[83] Com base nessa definição, Feinberg defende a reprovação daquele que coage ou manipula a vítima, mediante um abuso de confiança, circunstâncias infelizes ou fraquezas individuais, de modo a que o explorador atue como um parasita, sugando as forças de outros indivíduos sem necessariamente lesá-los, mas retirando dessa forma de agir seus ganhos como um meio de vida.[84]

Feinberg descreve, então, diferentes maneiras em que a exploração pode se apresentar. Um indivíduo pode explorar o outro sem causar-lhe ofensa ou lesão, como, por exemplo, uma mulher que seduz um homem para que este

77. FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing* cit., p. 35-38.
78. FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing* cit., p. 67-80.
79. FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing* cit., p. 118-120.
80. FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing* cit., p. 118-120.
81. FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing* cit., p. 118-120.
82. FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing* cit., p. 173.
83. FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing* cit., p. 177-179.
84. FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing* cit., p. 195.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

atenda a seus desejos, o que não significa exploração em sentido pejorativo. A exploração em sentido pejorativo ocorre na hipótese em que um indivíduo explora outrem para obter uma vantagem injusta e causar-lhe prejuízo ainda que, aparentemente, o explorado alcance alguma vantagem. Também há exploração em sentido pejorativo quando o agente vale-se de coerção, fraude, manipulação, abusa de uma condição de desigualdade ou de generosidade, bem como quando manipula um ato de benevolência, atrai a vítima para uma cilada ou a põe em uma condição de submissão. A submissão, de acordo com Feinberg, tem sua proibição penal legitimada pelo moralismo legal em sentido estrito, uma vez que se constitui como um infortúnio que merece ser combatido.[85]

Feinberg explica que o princípio da exploração surge como última esperança dos moralistas para tornar legítima a criminalização, dentro de um Estado liberal, de comportamentos considerados não lesivos ou ofensivos. Isso porque a injustiça da vantagem obtida em prejuízo do indivíduo explorado autorizaria a proibição da conduta do explorador pelo moralismo legal em sentido amplo. Embora o comportamento do explorador não possa ser, por si mesmo, considerado criminoso, conforme os critérios do moralismo em sentido estrito, Feinberg ressalta que pode ser criminalizado em razão do resultado injusto que dele decorre e que se encontra abrangido pelo moralismo em sentido amplo. Nesse ponto, Feinberg justifica a criminalização de condutas que, embora não lesivas ou ofensivas, sejam consideradas injustas sob uma perspectiva ética.[86]

3. CRÍTICAS À DOUTRINA DE JOEL FEINBERG

Apesar da valorosa contribuição de Feinberg à discussão dos limites do direito penal, sua obra não ficou isenta de contundentes divergências. Crítico às suas ideias, Holtug afirma ser impossível chegar numa versão plausível do princípio da lesão (*harm principle*), caso o conceito de lesão gire em torno do bem-estar do indivíduo, isto é, da ideia de que a vida do atingido se torna pior em razão da conduta praticada.[87] Em sua opinião, trata-se de uma escolha arbitrária definir o quanto de bem-estar é minimamente requerido para que se esteja fora do limite do sofrimento.[88] Holtug também considera problemático

85. FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing* cit., p. 200-210.

86. FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing* cit., p. 223-230.

87. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory and Moral Practice* 5, n. 4. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2002. p. 365.

88. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory...*, cit., p. 366.

conceituar lesão com base em variação de bem-estar, seja ela de redução, ganho ou perda de bem-estar, ainda que se tenha em vista a noção de bem-estar positivo como estado mental agradável e bem-estar negativo como estado mental desagradável.[89] Na hipótese de diminuição de bem-estar – caso se considere a situação pessoal específica no momento do evento – pode acontecer de o indivíduo não sofrer uma diminuição relevante em seu bem-estar, isso se, por exemplo, esse *quantum* de bem-estar já se encontrar previamente baixo.[90] Por outro lado, se porventura for considerada uma diminuição tomando-se como referência a situação que deveria ser "normal" ao ser humano, será possível concluir que, apesar de o indivíduo ter sido lesionado com a consequente redução de seu bem estar, ele ainda esteja se sentindo melhor do que antes. Para tanto basta que seu nível de bem-estar já se encontre previamente abaixo do limite adequado à situação "normal" do ser humano e, apesar de ter melhorado, ainda continue bem abaixo dessa linha limitadora.[91]

Holtug rejeita uma definição de lesão com base numa qualidade de bem-estar aferida de acordo com os interesses do indivíduo,[92] leia-se, seus desejos e objetivos. Isto porque considera possível tanto a legitimidade da intervenção do Estado em situações que não contradigam qualquer desejo ou objetivo pessoal[93] quanto a ilegitimidade da intervenção em determinadas hipóteses, de real contrariedade de interesses, , como no caso da publicação do livro "Versos Satânicos", do escritor Salman Rushdie, que pode ser considerada violadora dos interesses, isto é, dos desejos e objetivos de muçulmanos de promover suas crenças religiosas na sociedade.[94]

Holtug também acredita que admitir um conceito moral de lesão implica a necessidade de se incorporar uma teoria moral compatível e preferivelmente capaz de justificar o *harm principle*, ainda mais porque será preciso verificar se, sob essa perspectiva, a lesão envolve direitos deontológicos ou consequentalistas.[95] Nesse sentido, Holtug pontua que não é uma versão interessante do princípio da lesão, ou sequer uma versão, considerar que o Estado somente pode intervir na vida do indivíduo contra sua vontade se isso maximizar o montante

89. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 364.
90. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 369.
91. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 369.
92. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 373.
93. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 374.
94. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 374.
95. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 374.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

de utilidade.[96] Holtug adverte que é preciso ter cautela ao sustentar uma versão utilitarista do *harm principle* com base no argumento de que o Estado apenas pode interferir na vida do indivíduo contra sua vontade quando tal interferência servir para prevenir ou reduzir a probabilidade de violação a direitos que outros teriam num processo otimizado de decisão.[97] Esses direitos seriam, por exemplo, o direito de não ser assassinado, injuriado, roubado etc., de modo que a lesão consistira justamente na violação desses direitos.[98]

Holtug expõe que um conceito moralizado de lesão obriga a que a lesão envolva necessariamente um agir errado, enquanto que a violação dos direitos a que se refere esse argumento não precisa se caracterizar como algo errado.[99] Além disso, esses direitos são selecionados com fundamento em sua tendência global de promoverem utilidade, mas não com base no fato de eles promoverem utilidade em cada ocasião separada.[100] No entanto, admite ser até possível que o conceito de um direito envolva uma ideia moral, de modo a que aqui se fale de um conceito de lesão "quase moralizado".[101] Por outro lado, Holtug defende que se analise não apenas o *status* dos direitos incluídos nessa versão do princípio da lesão, mas também do próprio princípio em si.[102] Isso porque nem sempre alguma utilidade será promovida com a mera adesão ao *harm principle*, o que já o desqualifica como critério de retidão nos moldes utilitaristas.[103] Outra alternativa seria pensar o *harm principle* somente como parte de um processo de decisão, que se justificaria à medida que o Estado promovesse a utilidade de modo mais efetivo a partir de sua adesão a esse princípio, sem dispensar o uso de outro processo de decisão.[104] Para Holtug, um processo de decisão que permita ao Estado por vezes renunciar ao *harm principle* é provavelmente mais eficaz para promover utilidade do que um processo inflexível que inclua somente esse princípio, como ocorre, por exemplo, nas intervenções estatais que buscam prevenir que o indivíduo cause graves lesões a si mesmo.[105] Ainda

96. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 380.
97. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 381.
98. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 381.
99. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 381.
100. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 381.
101. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 381.
102. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 381.
103. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 381.
104. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 381.
105. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 381-382.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

a respeito da possibilidade de se trabalhar com um conceito moral de lesão, Holtug critica que esse conceito se justifique com base na autonomia do indivíduo.[106] Esclarece que não parece correto sustentar que o Estado apenas pode interferir na vida de um indivíduo contra sua vontade para prevenir ou reduzir a probabilidade de que ele viole direitos negativos de outrem.[107] Holtug explica que quando um indivíduo mata ou injuria outra pessoa, viola, com isso, seus direitos negativos.[108] Esse indivíduo anula os planos e valores da vítima, isto é, sua autonomia.[109] Como anula sua autonomia, trata-a como se fosse um mero instrumento e invade os seus direitos, causando-lhe um dano.[110]

Assim, como ao indivíduo não é permitido violar os direitos negativos de outras pessoas, ao Estado cabe prevenir tais violações, ainda que isso implique tratar o agente violador como instrumento.[111] Nessa hipótese, o Estado não viola os direitos negativos do indivíduo. Se esse indivíduo os teve total ou parcialmente limitados isso se deve à necessidade de o Estado coagir o agente violador como uma forma de prevenir que ele viole os direitos negativos dos outros.[112] No entanto, o Estado não pode coagir ninguém mais, somente esse indivíduo, já que foi o único que perdeu seu direito de não intervenção.[113] Nesse e em casos similares, o Estado não viola os direitos negativos desse indivíduo ao coagi-lo. Holtug argumenta não ser preciso construir esses direitos dentro de uma leitura consequencialista,[114] uma vez que, para justificar a coerção, não é forçosa a interpretação de que a violação estatal dos direitos desse indivíduo é contrabalanceada por sua violação ao direito similar de outrem.[115] Tanto é assim que alguns libertarianistas constroem direitos negativos a partir de um ponto de vista ontológico, arguindo que a violação dos direitos negativos de uma pessoa para promover o bem comum significaria tratá-la como um mero instrumento.[116] Sob a ótica dos direitos deontológicos, portanto, os

106. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 382.
107. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 382.
108. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 382.
109. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 382.
110. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 382.
111. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 382 e 383.
112. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 382 e 383.
113. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 383.
114. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 383.
115. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 383.
116. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 383.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

libertarianistas reduzem a constelação de casos em que o Estado pode justificar a coerção de indivíduos, isso porque o Estado não está autorizado a violar um direito individual para simplesmente promover o bem.[117]

Não obstante, o campo de autoridade do Estado acaba estendido e não reduzido. Isso porque se os direitos negativos são tratados com *status* de deontológicos, a intervenção do Estado pode se justificar com a ideia de prevenir violações a direitos negativos, mesmo nos casos em que tais violações sejam destinadas a produzir um *optimum*, isto é, uma condição mais favorável.[118]

Além do mais, Holtug explica que, se direitos deontológicos forem interpretados como absolutos, abranger-se-á um conceito moralizado de dano. Isso porque direitos deontológicos absolutos levam à conclusão de que o Estado somente pode exercer a coação para prevenir comportamentos desonestos (*wrongdoings*). Por outro lado, pretender o contrário, que esses direitos tenham um limite, significa admitir que, em determinados casos, ainda que uma pessoa não tenha violado um direito negativo, o *harm principle* não excluirá a coerção. Holtug ressalta, contudo, que ainda subsistirá um componente moral no dano, já que o dano sempre envolve envolva um comportamento, se não desonesto , ao menos prejudicial.[119]

Holtug sustenta, então, que, se os direitos negativos são designados para proteger a autonomia, é possível explicar o motivo de um Estado paternalista ser inadmissível. Ao coagir uma pessoa, mesmo que seja para proteger seus melhores interesses, o Estado anula os desejos dela e, com isso, trata-a somente como um instrumento. Holtug esclarece que, se a autonomia pessoal é um valor tão preocupante, ela deve ser fortalecida não somente pelo respeito aos direitos negativos, mas também aos direitos positivos, posto que, para o indivíduo conduzir sua vida de acordo com seus próprios planos e valores, devem ser providenciadas as necessárias condições de vida, quando o indivíduo não puder, por seus próprios meios, providenciá-las.[120] Direitos negativos, então, afirma Holtug, formam apenas a metade do quadro.[121]

Holtug chega à conclusão de que um significado de dano focado em bem-estar, quantidade de bem-estar, bem-estar negativo, diminuições de bem-estar, qualidades de bem-estar ou na introdução de um componente moral não é su-

117. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 383.

118. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 383.

119. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 383.

120. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 383 e 384.

121. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 384.

ficiente para se chegar a uma versão plausível do princípio do dano.[122] Holtug admite que não está excluída a possibilidade de o *harm principle* exercer, de alguma forma, um papel na moralidade como parte de um processo de decisão, o que seria muito mais limitado se comparado ao papel que lhe é usualmente atribuído por seus proponentes.[123]

Contudo, não apenas Holtug expressou suas restrições quanto ao pensamento de Feinberg. Também Von Hirsch, destaca seus pontos fracos, especialmente por sua tendência subjetivista. De acordo com Von Hirsch, o pensamento de Feinberg, na verdade, distingue como ofensivas determinadas condutas somente em razão da percepção social de que tratam de comportamentos danosos, ou seja, com base no mero sentimento de desagrado dos membros da comunidade. Isso, por outro lado, leva à falta de critérios que permitam qualificar como injusto o provocar desses sentimentos de desagrado.[124] Para Von Hirsch, o importante é não se limitar à simples ocorrência de sentimentos de desagrado, vez que se faz necessário recorrer também à existência de uma base normativa que permita afirmar que esses sentimentos não podem ser despertados em outras pessoas.[125] Isso porque, em determinadas circunstâncias, essas condutas constituem falta de consideração ou de respeito mas não podem ser classificadas como *harm*, isto é, como danos, embora possam servir de possível fundamento para criminalização de condutas.[126]

Kahlo, por sua vez, discorda de Feinberg quanto aos próprios fundamentos metodológicos apresentados. Entende que Feinberg parte de convicções e representações morais que ele assume como reconhecidas e predominantes

---

122. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 387.

123. HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory*..., cit., p. 387.

124. VON HIRSCH, Andrew von. Concepto de bien jurídico y el "principio de daño". In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 49.

125. VON HIRSCH, Andrew von. Concepto de bien jurídico y el "principio de daño". In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 49.

126. VON HIRSCH, Andrew von. Concepto de bien jurídico y el "principio de daño". In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 49.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

na sociedade e sequer recorre aos pressupostos teóricos da concepção de Stuart Mill. Ao contrário, quando a cita expressamente é para manifestar que não está sendo orientado por ela e que o desenvolvimento de suas explicações é compatível com todos os teoremas jurídicos possíveis, desde o utilitarismo até as concepções de Kant e Rawls.[127] Isso leva Kahlo a concluir que a concepção de Feinberg é pouco convincente, já de uma perspectiva metodológica, e, por isso, cientificamente inconsistente, uma vez que seus pontos de vista são carentes de fundamento e de alicerces argumentativos.[128]

Outro autor que discorda da doutrina de Feinberg é Ripstein, que propõe o princípio da soberania (*sovereignty principle*) no lugar do *harm principle*. Parte da concepção de liberdade, que denomina "liberdade como independência". Segundo essa concepção, uma pessoa é livre se for independente, ou seja, se tiver meios de decidir o que é melhor a si mesma e usar suas faculdades. Na medida em que outra pessoa decida por ela, torna-se dependente e sua soberania resta comprometida.[129] Essa concepção, de cunho liberal, desautoriza a intervenção do Estado quando comportamentos humanos não comprometam a liberdade dos demais, mesmo que sejam autolesivos ou heterolesivos praticados com o livre consentimento do ofendido.

Verifica-se, portanto, que a doutrina de Feinberg não se encontra imune a críticas e possui, sim, algumas carências, o que não significa, contudo, que todas as objeções mereçam crédito. A crítica de Von Hirsch, por exemplo, de que a concepção do *harm principle* de Feinberg assume uma tendência subjetivista, que faz com que somente algumas condutas sejam declaradas como ofensivas e não delineia critérios que permitam qualificar o injusto, é difícil de ser rebatida. No entanto, essa crítica foi feita sem levar em consideração o caráter seletivo do direito penal, que, como um sistema jurídico, materializa uma decisão política. Recorde-se que as concepções de bem jurídico, com as quais se tem trabalhado, e o próprio processo de criminalização primário falecem do mes-

127. KAHLO, Michael. *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007d, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 60.

128. KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 60-61.

129. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 68-70.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

mo mal apontado por Von Hirsch. Em realidade, esperar que o *harm principle* cumpra sozinho a tarefa de limitar o poder de incriminar do legislador, que a própria sofisticada dogmática jurídico-penal de matriz romano-germânica tem imensa dificuldade de realizar significa esperar demais de sua capacidade de rendimento e mal compreender o papel que pode exercer nas discussões travadas no âmbito de nosso sistema.

4. *HARM PRINCIPLE* E TEORIA DO BEM JURÍDICO: DISTINÇÃO, SEMELHANÇAS E POSSÍVEIS INTERCONEXÕES

A compreensão do *harm principle* implica distinguir o sistema da *Common Law* do sistema romano-germânico. Este último tem fundamento de criminalização na teoria do bem jurídico. A Europa continental segue a tradição romano-germânica de criminalizar comportamentos com a finalidade de tutelar um interesse determinado, independentemente de sua natureza (individual ou difusa). É o sistema, por exemplo, da legislação espanhola, italiana, portuguesa e dos países da América Latina, como Brasil e Argentina. A principal referência da tutela do bem jurídico é a lei escrita, que descreve um comportamento perigoso ou lesivo a determinado interesse social. Assim, parte-se da interpretação da norma conforme o bem jurídico tutelado, pois este é o núcleo do conceito material de crime.

Desde as primeiras construções iniciadas pela Escola Clássica italiana às elaborações mais complexas da doutrina alemã no século XX, o bem jurídico vem sendo compreendido, pela maior parte dos penalistas, como um interesse humano que deve ser protegido contra lesões de terceiros.[130] Do ponto de vista dogmático, bem jurídico é o interesse tutelado pela norma penal, anterior à própria proibição. Extrapolar o conteúdo da norma é exceder o poder punitivo conferido pelo legislador.[131] Sob a perspectiva político-criminal, o bem jurídico delimita o poder punitivo do Estado para atender à finalidade do direito penal de proteger os interesses mais importantes contra danos ou perigo de danos, sempre que outra forma de controle social não se mostre eficaz. Contudo, por mais relevante que seja o interesse, somente terá dignidade penal se tiver refe-

130. Para melhor compreensão do tema bem jurídico, conferir a compilação de alguns dos trabalhos mais importantes da doutrina alemã traduzidos para o português: GRECO, Luis, TORTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

131. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, algemeiner Teil*. Berlim: Duncker & Humblot, 1996. p. 274.

ribilidade na proteção da pessoa humana.[132] Por oportuno, não se trata de um excesso recordar que o direito do nacional-socialismo proclamou um sistema criminal pautado na analogia e no bem jurídico do são sentimento do povo.[133] O bem jurídico, assim, possui quatro funções essenciais: garantir e limitar o poder de punir do Estado, interpretar a norma penal, individualizar a pena e sistematizar a lei penal.[134]

Uma das grandes diferenças entre os sistemas está na fonte. A fonte da *Common Law* são as decisões judiciais e os casos precedentes (*binding precedente* ou *case law*). As leis escritas possuem poder de derrogar as regras estipuladas pelos precedentes, no entanto, sua evolução reside na capacidade de o juiz refletir sobre a decisão do precedente e possível aplicação ao caso concreto.[135] Nos termos de Cotterrell,[136] "a *Common Law* é essencialmente pragmática e, acima de tudo, empírica. Está focada nos casos particulares e busca soluções que, intuitivamente, são mais justas".

Em comparação ao sistema fechado de tradição romano-germânica, a *Common Law* é um sistema mais aberto. Essa abertura permite que novas regras sejam reveladas pelo intérprete, conforme a *ratio decidendi* dos julgados.[137] Um caso semelhante a outro já julgado pode ter uma solução igual, parecida ou até diferente, dependendo do contexto dos fatos e das circunstâncias em que os casos ocorreram. A *Common Law* permite a mudança e a inovação no processo como um todo, enfatizando-se a importância da continuidade e estabilidade na ordem jurídica. O sistema possui uma metodologia normativa e prescritiva, pela qual o julgador utiliza-se da tradição (casos precedentes) e dos valores aplicados dentro dos limites permitidos pelo sistema normativo. A tradição

132. Cf.: LOBATO, José Danilo Tavares Lobato. O meio ambiente como bem jurídico e as dificuldades de sua tutela pelo direito penal. Liberdades. São Paulo: *IBCCrim* 5/55-58, set.-dez. 2010; *Direito penal ambiental e seus fundamentos – parte geral*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 67-71.

133. HASSEMER, Winfried; KARGL, Walter. *NomosKommentar – Strafgesetzbuch*. 2. ed. Kindhäuser, Neumann e Paeffgen (orgs). Nomos: Baden-Baden, 2005. t. I. p. 156.

134. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 48-49.

135. TINOCO PASTRANA, Angel. *Fundamentos del sistema judicial penal en el* Common Law. Sevilha: Universidad de Sevilla, 2001. p. 37.

136. COTTERRELL. Common Law Common Law approaches to the relationsip between law and morality. *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 3, n. 1, p. 10, 2000.

137. SOARES, Guido Fernando Silva. Common Law Common Law: *introdução do direito dos EUA*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 54.

possui um caráter crítico e decisivo na *Common Law*, demandando um repertório completo de técnicas para seleção, manutenção, transmissão e mudança de suas decisões substantivas: envolve a avaliação consciente daquilo que serve ou não e do que deve ou não persistir.[138]

O método da *Common Law*, em sua forma tradicional, sustenta-se na impossibilidade de traduzir a experiência da comunidade em formato normativo, permitindo, assim, ao juiz aferir o contexto da norma da experiência social, por meio dos testemunhos, provas e arguições dos litigantes. Ou seja, esse sistema parte do pressuposto de que a capacidade de rendimento da lei é limitada e nunca será ajustada corretamente às grandes transformações sociais. Para Cotterrell, o método da *Common Law*, apesar de ser dotado de problemas, mas por conta de seu empiricismo, oferece algumas vantagens ao confrontar questões morais contemporâneas, já que se trata de um sistema jurídico que autoriza adaptação da lei às complexidades do julgamento e às mutações da prática moral. O método empírico – caso a caso – pode reconhecer a diversidade das esferas de valores e impedir a imposição de uma "verdade" moral uniforme.[139] Em outros termos, o sistema da *Common Law* tem como vantagem a possibilidade de discutir o caso concreto e modificar o paradigma estabelecido às variações valorativas da sociedade.

No entanto, deve haver um limite de atuação bem definido e com regras claras de jurisprudência, uma vez que o juiz não pode assumir as funções de julgar e legislar simultaneamente.[140] Atualmente, a teoria do bem jurídico cada vez mais sofre influências, ainda que inconscientes, do sistema da *Common Law*. É possível constatar essa recepção, por exemplo, a partir do momento em que a tipicidade passa a demandar cada vez mais uma conduta efetivamente perigosa ou lesiva, não bastando que o comportamento seja apenas formalmente típico. Hoje a análise da tipicidade material exige a interpretação dos fatos em conjunto com a norma, não ficando mais restrita à análise de um mero silogismo entre a descrição típica e o fato. O risco efetivo ao bem jurídico deve ser levado em consideração para a formação da própria tipicidade.

Como explica Kahlo, *o harm principle* não é uma categoria equivalente ao conceito de bem jurídico. Isso porque o bem jurídico é descrito como

138. HUTCHINSON, Allan C. *Evolution and the Common Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005. p. 4-6.

139. COTTERRELL. Op. cit. p. 23-24.

140. POSNER, Richard A. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. Londres: Cambridge, 1999. p. 91.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

um conceito relacional, uma relação considerada positiva, valiosa, como um bem, um algo, ou seja, entre uma realidade e uma sujeito. Tal relação está essencialmente orientada à realização da liberdade externa da pessoa como sujeito de direito, isto é, de sua autonomia, que não pode se desenvolver em uma relação separada e exclusiva do indivíduo consigo mesmo, mas que vem determinada e influenciada pela relações com outras pessoas. Assim, as ações destas outras pessoas podem respeitar à relação entendida como bem jurídico e, com isso, ao mesmo tempo, o portador deste bem, mas também podem atacá-la através de atos lesivos ou perigosos e, nesta medida, contrários ao direito.[141] Já o *harm principle* é contemplado como apenas um a mais entre os pressupostos que outorgam legitimidade à criminalização, que nem sequer é necessário para justificar a proibição de uma conduta sob pena. No entanto, Kahlo expõe que o *harm principle* trata de estados lesivos, de modo que sua base positiva, concebida expressamente por Feinberg sob a noção de interesse, pode ser equiparada à teoria do bem jurídico, mas, para tanto, é preciso definir de maneira mais precisa e seletiva o conceito de interesse, para tornar viável uma função crítica do *harm principle*.[142] Em verdade, falta à linguagem jurídica anglo-americana um conceito que funcione como sinônimo de bem jurídico, isto é, um conceito que abranja o âmbito da legitimação.[143] Essa ausência tem levado esse sistema jurídico à elaboração de diferentes princípios que possam servir como critério de avaliação da legitimidade das normas penais.[144] Esses princípios se manifestam, portanto, como um filtro de legitimação que, de uma maneira geral, alcança toda norma de direito penal e

141. KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 55.

142. KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 61.

143. SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en princípios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 78.

144. SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en princípios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 78.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

partem do pressuposto de que um comportamento somente será merecedor de pena quando constituir um injusto.[145]

Por outro lado, Von Hirsch sustenta que, quando se entende o conceito de dano ou lesão, central para o *harm principle*, como o prejuízo de um recurso, de que alguém tem uma pretensão ou um direito sobre, incluem-se nessa definição os diversos aspectos que o debate da doutrina alemã dá ao conceito fundamental de bem jurídico, de modo que seria possível, a partir do *harm principle*, construir algo semelhante a um bem jurídico.[146] A derivação do bem jurídico a partir do *harm principle* poderia contribuir ao debate da teoria do bem jurídico. Assim entende Von Hirsch, que argumenta que a definição de *harm to others* como uma interferência nos recursos sobre os quais outras pessoas suscitam pretensões ou direitos, serve tanto para constituir quanto para limitar o conceito de bem jurídico.[147]

Como o *harm principle* parte de que danos devem ser entendidos como prejuízos aos interesses de outro indivíduo, a lesividade a outras pessoas deve ser vista a partir de uma perspectiva individualista, tratando-se, assim, de lesões a pessoas de carne e osso.[148] Ressalte-se que, embora seja evidente essa prioridade aos interesses individuais, o *harm principle* permite a proibição de condutas coletivamente lesivas, podendo, portanto, abranger condutas lesivas de bens jurídicos coletivos sem deixar de exigir que a *ratio* desses bens coletivos se baseiem na proteção da qualidade de vida dos seres humanos, já que a prioridade são os interesses pessoais.[149] Essa ênfase na lesão aos interesses de terceiros,

---

145. SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en princípios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 78.

146. VON HIRSCH, Andrew von. Concepto de bien jurídico y el "principio de daño". In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 43.

147. VON HIRSCH, Andrew von. Concepto de bien jurídico y el "principio de daño". In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 44.

148. VON HIRSCH, Andrew von. Concepto de bien jurídico y el "principio de daño". In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 44 e 45.

149. VON HIRSCH, Andrew von. Concepto de bien jurídico y el "principio de daño". In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del*

afirma Von Hirsch, pode contribuir para demarcar a diferença entre o prejuízo aos interesses de terceiros e aos interesses do próprio agente, distinção também reconhecida dentro da teoria do bem jurídico, embora não suficientemente atendida,[150] como ocorre, por exemplo, na discussão acerca da criminalização das drogas, em que os danos para a saúde decorrentes do consumo de entorpecentes são autoinfligidos pelos próprios consumidores, tendo pouco ou nada que ver com a causação de um prejuízo a interesses de terceiros.[151]

Sobre a possibilidade de se legitimar as normas penais a partir dos princípios, Seher manifesta que o atual debate jurídico-penal espera demais do bem jurídico.[152] Não chega a defender que a noção seja abandonada, já que o considera uma ferramenta adequada por sua função crítica.[153] Todavia, afirma ser equivocada a concepção habitual que parte da noção de bem jurídico como um "algo" determinado,[154] de modo que a legitimação de normas penais deve ser estabelecida em função de se proteger esse "algo".[155] Em sua opinião, o proce-

---

Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007d, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 45.

150. VON HIRSCH, Andrew von. Concepto de bien jurídico y el "principio de daño". In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico* p. 10 *¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007d, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 45.

151. VON HIRSCH, Andrew von. Concepto de bien jurídico y el "principio de daño". In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico p. 10 ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 45.

152. SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en princípios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 91.

153. SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en princípios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 91.

154. SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en princípios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 91.

155. SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en princípios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 92.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

dimento deve ocorrer de maneira inversa, no sentido de que, uma vez proposta a proteção penal de determinado fato, que pode ser um interesse, um recurso, um valor etc., deve-se demonstrar, plausivelmente, mediante princípios éticos de caráter crítico, que esse fato merece proteção.[156] Se esse merecimento se confirma, será possível afirmar, como conclusão dessa argumentação fundada em princípios, que esse fato constitui um bem jurídico no sentido do direito penal.[157] Seher esclarece que o conceito de bem jurídico não deve ser um instrumento de legitimação de normas, mas um produto desses princípios[158] e explica que essa posição não priva o bem jurídico de valor, mas torna seus contornos mais precisos. A partir desses pressupostos, o bem jurídico pode ser entendido como um fato, seja esse materializado em um interesse, um recurso ou um valor reconhecido legitimamente como merecedor de proteção penal, de acordo com uma discussão fundada em princípios.[159] Seher defende, portanto, que o conceito de bem jurídico entendido nesse sentido expressa o *status* jurídico-penal qualificado de determinadas realidades, permanecendo, ainda, com seu conteúdo crítico.[160]

Não nos parece, contudo, que haja qualquer impeditivo a que se demande que o bem jurídico tenha uma existência pré-típica. A lição de Polaino Navarrete, no sentido de que o entendimento do bem jurídico deve partir de um

---

156. SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en princípios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 92.

157. SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en princípios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 92.

158. SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en princípios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 92.

159. SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en princípios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 92.

160. SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en princípios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – ¿ Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 92.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

substrato substancial preexistente ao legislador,[161] não é de plano incompatível com a concepção de Seher. Por isso, a mudança metodológica proposta teria uma maior capacidade de rendimento se também fosse exigido o substrato substancial pré-típico, por melhor que fossem os fundamentos argumentativos do legislador para criminalizar determinados comportamentos.

Contudo, sem chegar ao mesmo nível argumentativo de Seher, que assimila, desde logo, a legitimação de normas baseada em princípios, Roxin observa que a ideia de Feinberg, de que simples violações a moral, autolesões e seus respectivos efeitos não devem ser criminalizados, é semelhante à presente no conceito de bem jurídico.[162] Para Roxin, a concepção de Feinberg, de que o princípio da perturbação ou *offense principle*, compreendido como importunações abaixo do limite do dano, que somente podem ser criminalizadas de acordo com pressupostos especificamente qualificados, apresenta uma diferenciação que se aproxima dos pontos de vista levantados no debate a respeito da proteção de sentimentos diante do conceito de bem jurídico.[163] Esses pontos de contato levam Roxin a entender que os estudos acerca do conceito de bem jurídico não podem desconsiderar os trabalhos paralelamente desenvolvidos no direito anglo-americano.[164]

CONCLUSÃO

As distâncias entre os sistemas da *Common Law* e o continental europeu vêm progressivamente diminuindo nas diferentes esferas do saber jurídico. Cada vez mais, ambos os sistemas jurídicos afastam-se de seus modelos utópicos. Vive-se um momento em que há influências diretas e indiretas recíprocas. No que toca o debate desta investigação, já emerge no seio da doutrina jusfilosófica europeia a ideia de que o diálogo entre os diferentes modelos faz-se necessário como forma de avançar na construção de um arcabouço jurídico que racionalize o poder punitivo do Estado. Mesmo que a doutrina anglo-saxônica busque o diálogo em menor medida, por razões pragmáticas, o sistema da *Common Law* vem se adaptando. Ou seja, trata-se de um caminho a ser irreversivelmente trilhado. Nesse sentido, conhecer a obra de Feinberg e as

161. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Injusto Típico en la Teoria del Delito*. Buenos Aires: Mave Ed., 2000. p. 335.

162. ROXIN, Claus. *Strafrecht...*, cit., p. 55.

163. ROXIN, Claus. *Strafrecht...*, cit., p. 55.

164. ROXIN, Claus. *Strafrecht...*, cit., p. 55.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

críticas que lhe são formuladas é bom começo para fazer avançar o debate acerca do bem jurídico, cuja interpretação crítica se encontra em crise e demanda uma urgente reformulação para que possa estabelecer limites claros ao poder de incriminar do legislador e enfrentar o atual movimento de expansão sem critérios do direito penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Gisele Mendes de. Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, n. 12, vol. 7, p. 177-211, 2010.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito penal, paternalismo jurídico e tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013. p. 61-91.

COTTERRELL. Common Law approaches to the relationsip between law and morality. *Ethical Theory and Moral Practice*, n. 1, vol. 3, 2000.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: FEINBERG, J.; GROSS, H. (orgs.). *Philosophy of Law*. Encino: Dickenson Publishing, 1975. p. 230-239.

_____. Positive and negative freedom. In: AUDI, Robert. *Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge: Cambridge Press University, 2006.

ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Boletim IBCCrim*, n. 179, vol. 15, p. 17-19, 2007.

FEINBERG, Joel. *Harm to others*. Nova Iorque: Oxford, 1984.

_____. *Offense to others*. Nova Iorque: Oxford, 1985.

_____. *Harm to self*. Nova Iorque: Oxford, 1986.

_____. *Harmless wrongdoing*. Nova Iorque: Oxford, 1987.

GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 8. ed. 2004.

GRECO, Luis; TORTIMA, Fernanda Lara (orgs.). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HASSEMER, Winfried; KARGL, Walter. *NomosKommentar – Strafgesetzbuch*. 2. ed. Kindhäuser, Neumann e Paeffgen (Orgs). Nomos: Baden-Baden, 2005. t. I.

HOLTUG, Nils. The harm principle. *Ethical Theory and Moral Practice* 5, n. 4. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, dez. 2002, p. 357-389.

HUTCHINSON, Allan C. *Evolution and the* Common Law. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, algemeiner Teil*. Berlim: Duncker & Humblot, 1996.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

KAHLO, Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

LOBATO, José Danilo Tavares Lobato. *Direito penal ambiental e seus fundamentos – parte geral*. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. O meio ambiente como bem jurídico e as dificuldades de sua tutela pelo direito penal. Liberdades. *IBCCrim*, vol. 5, São Paulo: Ed. RT, set.-dez. 2010.

MILL, John Stuart. *On liberty* (1859). Londres/Nova Iorque: Penguin Classics, 1985.

_____. *On Liberty* (1859). Kitchener: Batoche Books, 2001.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Injusto Típico en la Teoria del Delito*. Buenos Aires: Mave Editor, 2000.

POSNER, Richard A. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. Londres: Cambridge, 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I. 4. ed. Munique: C.H. Beck, 2006.

SEHER. *La legitimación de normas penales basadas en princípios y el concepto de bien jurídico*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Tipificação criminal da violência de gênero: paternalismo legal ou moralismo penal. *Boletim IBCCrim*, n. 166, vol. 14, p. 7-8, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. Common Law: *introdução do direito dos EUA*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

TINOCO PASTRANA, Angel. *Fundamentos del sistema judicial penal en el* Common Law. Sevilha: Universidad de Sevilla, 2001.

VON HIRSCH. *Concepto de bien jurídico y el "principio de daño"*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico – Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

Internet:

[http://oxforddictionaries.com/definition/english] (Acesso em: 20.02.2013).

[http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british] (Acesso em: 20.03.2013).

[www.merriam-webster.com/dictionary] (Acesso em: 20.03.2013).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato. Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, de Luís Greco – *RBCCrim* 49/89, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/355 (DTR\2004\892);
- Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo, de Fabio Roberto D'Avila – *RBCCrim* 80/7 (DTR\2009\902);
- El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico, de Bernardo Feijoo Sánchez – *RBCCrim* 100/89 (DTR\2013\411);
- O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque, de Claus Roxin – *RT* 922/291-322 (DTR\2012\450348); e
- O que protege o direito penal? Bens jurídicos ou vigência da norma?, de José Francisco Dias da Costa Ly Ra – *RBCCrim* 97/143 (DTR\2012\450320).

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 255-290. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

P02139

Percepções sobre o direito de visita no Presídio Central de Porto Alegre

Perceptions of the right of visit at the Central Prison of Porto Alegre

Dani Rudnicki

Doutor em Sociologia pela UFRGS. Mestre em Direito pela Unisinos/RS. Professor Direito Penal na Graduação e Mestrado do Centro Universitário Ritter dos Reis/RS. Conselheiro do Movimento de Justiça e Direitos Humanos/RS e do Conselho Penitenciário do Rio Grande do Sul. Advogado.
danirud@hotmail.com

Carla Cristiane Dias dos Santos

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis/RS.
carla150189@yahoo.com.br

Área do Direito: Penal; Processo Penal

Resumo: A visita realizada aos presos no Presídio Central de Porto Alegre consiste na aplicação de direito previsto na Lei de Execução Penal. Esse direito busca garantir que não se perca o vínculo familiar e social. Além disso, a família é responsável por fornecer objetos essenciais para a higiene e conforto (mínimo) do recluso. Mas, para que ocorra a entrada da pessoa e de objetos no Presídio Central, faz-se necessário fiscalização, tornando o trabalho de revista da Brigada Militar importante para a manutenção da segurança da prisão. Interessante que policiais e familiares reclamam que se sentem constrangidos com a revista (íntima). A fim de conhecer essa realidade, estudamos a legislação (federal e estadual pertinente) e realizamos entrevistas com as partes envolvidas, para melhor compreender a questão.

Palavras-chave: Direito de visita – Revista – Revista íntima – Prisão – Presídio Central de Porto Alegre – Lei de Execução Penal.

Abstract: The visit to prisoners held in Central Prison of Porto Alegre is the application of law laid down in the Criminal Enforcement Act. This right seeks to ensure that family and social ties is not lost. The family is responsible for providing essential objects for hygiene and comfort (minimum) of the inmate. But it occurs to the entry of the person and objects in the Central Prison, it is necessary supervision, making the work of the Military Police important for the maintenance of prison security. Interesting that police and family complain that they feel uncomfortable with the (cavity) search. In order to meet this reality, we studied laws and conducted interviews with stakeholders to better understand the issue.

Keywords: Right of visit – Search – Cavity search – Prison – Central Prison of Porto Alegre – Criminal Enforcement Act.

Rudnicki, Dani; Santos, Carla Cristiane Dias dos. Percepções sobre o direito de visita no Presídio Central de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 311-333. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direito de visita – 3. Sala de revista do PCPA – 4. Da revista – 5. Uma nova perspectiva – 6. Conversando com os visitantes – 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo, analisamos a forma como acontece o direito de visita no Presídio Central de Porto Alegre (PCPA), dito o pior do Brasil (Brasil, 2008, 471), direito previsto no art. 41, X, da LEP (Lei 7.210 da LEP). Assim, para compreendê-lo, destacamos a legislação pertinente, bem como a sua realidade, a visão dos visitantes, de policiais que trabalham no PCPA e dos comerciantes da redondeza sobre o tema.

Esse trabalho insere-se na percepção de que, para compreender a realidade prisional não basta conhecer os presos, mas há de se conhecer também os agentes penitenciários (desde 1995, são policiais militares que trabalham na parte interna do PCPA) e outros atores que "vivem" o cotidiano prisional. Logo, seria pouco pretender afirmar a realidade do Presídio Central por dentro (Rudnicki, 2011, 2012 e 2013) sem realizar referências às relações da instituição com o "mundo exterior".

A importância desse aspecto aparece em Moraes (2005: 251), que descobre, entrevistando um agente penitenciário, serem quatro os elementos essenciais para "segurar" (manter a ordem de) uma prisão: assistência jurídica e de saúde, alimentação e visita. Mas as visitas não representam uma realidade simples; como tudo dentro da prisão, há complexidade, e as pessoas (presos e profissionais) envolvidos agem e analisam com cautelas.

O relato de um Policial Militar sobre as visitantes mostra essa situação: "(...) 'Elas são bonitas. Tem as sérias, mas tem as vagabundas. É moda ser mulher de vagabundo'. Outro PM fala: 'As mulheres que vem sem sacola é só problema' (não são familiares, chegam apenas para manter relações sexuais). O respeito pelas visitas inclui a todos. (...)" (Rudnicki, 2012, 56).

Apesar dessa importância, permanece o tema esquecido pela academia; não encontramos um único artigo exclusivo sobre o direito de visita, como se faz agora (os mais próximos deste tema referem-se à questão da revista íntima). Mesmo manuais de execução penal e comentários à Lei de Execução Penal ignoram esse direito, não o destacando em um único ponto em seu índice (Marcão, 2008), ou resumindo o comentário a observações genéricas ("Situações altamente determinantes ao propósito da reinserção social. O preso não pode permanecer alijado dos contatos com sua família, amigos etc. mesmo porque retornará ao convívio familiar e social". Kuehne, 2010, 115).

RUDNICKI, Dani; SANTOS, Carla Cristiane Dias dos. Percepções sobre o direito de visita no Presídio Central de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 311-333. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Ainda, introdutoriamente, cabe relatar que o Presídio Central de Porto Alegre, hoje chamado de Presídio Tenente-coronel Jainer Pereira Alves, ou Central, localiza-se no Bairro Partenon, no Município de Porto Alegre, e recebe, em média, 1.500 visitantes por dia, número este que tende a ser maior nos finais de semana. No ano de 2011, foram 255.161 visitantes, em 2012, 258.129 pessoas e, em 2013, 244.907[1] (deve-se considerar que, a partir de 2011, o número de presos da Casa, por decisão judicial, está limitado e tem diminuído, tornando-se proporcional a redução no número dos visitantes).

Para o que interessa a este trabalho, devemos destacar que, mesmo administrado pela Brigada Militar, no PCPA vigem, sobre a visitação, as normas da Superintendência de Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul (Susepe). Logo, para compreender esse direito, devemos analisar normas gerais que regem a aplicação do direito de visita e regulamentações específicas da Superintendência.

Para realização do presente utilizamos como técnicas de pesquisa a revisão bibliográfica e legislativa sobre o tema, bem como trabalho de campo, no qual entrevistamos visitantes e policiais, para que descrevessem como acontece a visita e revista e opinassem acerca do procedimento. Para tanto, estivemos em diversas oportunidades no PCPA, em algumas os autores estiveram juntos, em outras separados. A primeira entrevista acontece com uma oficial (capitã) que propôs uma reforma no sistema de visitas e aconteceu em 13.06.2012. Além dessa, em 04.09.2013 e entre 11 e 19.09.2013, observamos a rotina e entrevistamos visitantes e comerciantes da região, bem como policiais que trabalham na sala de visita. Essas entrevistas foram citadas no trabalho de conclusão de curso intitulado "Visitas no Presídio Central de Porto Alegre" (Santos, 2013).

Em relação às entrevistas, deve-se destacar que observaram varias técnicas. Todas aconteceram nos locais em que as pessoas se encontravam, ou seja, PMs foram entrevistados em seus postos de trabalho dentro do PCPA, visitantes na fila de espera fora do presídio (eles mesmo forneceram grau de parentesco que serve, na sequencia, para identificá-los) e comerciantes em suas lojas. A autorização da administração penitenciária foi fácil, por este trabalho se inserir na continuidade de outros tantos (Rudnicki, Dornelles e Amorim, 2013; Rudnicki, 2011 e 2012).

Durante a realização das entrevistas não houve caso de recusa, mas foi sempre esclarecido que a garantia de anonimato e a possiblidade de negar-se a

1. Informações coletadas junto à administração do Presídio Central nos dias 19.09.2013 e 14.03.2014.

responder a qualquer pergunta julgada inoportuna existia. Não foi preparado um rol de questões, mas havia um roteiro geral sobre os temas necessários a serem abordados com cada ator, sendo essa a única forma de interação realizada com eles (exceto em alguns casos, PMs em específico, que foi mantido posterior contato telefônico para dirimir dúvidas quando da redação do texto). Algumas entrevistas foram gravadas em áudio, outras não, isso dependida da receptividade do entrevistado.

Dessa forma, pode-se dizer que não existiram dificuldades para a realização das entrevistas (salvo a de João, comerciante de rua, que inicialmente fugiu da pesquisadora, pensado tratar-se de fiscal da secretaria de saúde publica). Deve-se, isso sim, agradecer ao tenente-coronel comandante do PCPA, Osvaldo Luis Machado da Silva, e demais oficiais, praças e pessoas que se propuseram a conceder entrevistas falando sobre suas atividades e vidas.

2. DIREITO DE VISITA

A pena restritiva de liberdade significa o encarceramento da pessoa; mas, mesmo perdendo a liberdade, a ela são assegurados "o respeito à integridade física e moral" (art. 5.º, XLIX, da CF) e o direito a receber visitas (LEP, art. 41, X). As Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros da ONU, datadas de 1955, no item 37, preveem: "Os presos serão autorizados, sob a necessária supervisão, a comunicar-se periodicamente com as suas famílias e com amigos de boa reputação, quer por correspondência quer através de visitas" (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1995, 25).

Ratificando essa perspectiva, Coyle (2004, 116) informa que "(...) Nunca se deve esquecer que as visitas, principalmente de familiares próximos, não devem ser consideradas privilégios, mas um direito humano básico. (...)".

Assim, a Lei de Execução Penal, no citado art. 41, X, destaca como sendo um direito do preso a "visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados" e a Res. 9/2006, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, recomenda "a adoção de procedimentos quanto a revistas nos visitantes, servidores ou prestadores de serviços e/ou nos presos e dá outras providências" (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2013). Ela estabelece, no art. 3.º, que "A revista manual deverá preservar a honra e a dignidade do revistando e efetuar-se-á em local reservado".

A Res. 9/2006, acrescenta, no art. 5.º, que "A critério da administração penitenciária a revista manual será feita, sempre que possível, no preso visitado, logo após a visita, e não no visitante". Essa ideia é compartilhada por Coyle (2004, 119):

RUDNICKI, Dani; SANTOS, Carla Cristiane Dias dos. Percepções sobre o direito de visita no Presídio Central de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 311-333. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

"É preciso reconhecer que, em um ambiente prisional, sempre haverá o perigo de alguns visitantes tentarem introduzir indevidamente na penitenciária artigos ilícitos (...). É preciso aplicar medidas de segurança razoáveis destinadas a impedir que isso aconteça. Pode ser necessário, por exemplo, revistar os presos antes e depois das visitas. Também poderá ser necessário revistar os visitantes antes de entrarem na área de visitação. É possível adotar medidas que atendam a todas as necessidades de segurança, ao mesmo tempo em que se observa a necessidade de respeitar a privacidade dos visitantes (...)".

Aprofundando a questão, a terceira Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Penitenciário, que teve relatório aprovado em 2008, referindo-se às normas federais, destacou a ausência de detalhamento.

"A legislação brasileira é silente sobre o número de visitas permitidas aos presos, bem como o tempo de sua duração. Também não estabelece se as visitas são abertas ou fechadas ou se permitem algum tipo de contato. Da mesma forma, não existe qualquer previsão legal sobre as visitas de foro íntimo e sobre visitas familiares com criança" (Brasil, 2008, 240).

No que tange à realidade, a CPI destacou a existência, na maioria dos estabelecimentos visitados, de um local para recepcionar e revistar os visitantes e que os mesmos não contam com infraestrutura e pessoal necessário, resultando em pessoas estressadas e mal revistadas, após horas em pé, sob sol ou chuva (Brasil, 2008, 103, 439 e 240). Esse desleixo para com os visitantes é antigo, Souza (1978, 52) denunciava nos anos 70:

"Aos domingos, dia de visita, a cidade-presídio (Carandiru) lembra um formigueiro. Para poder entrar às sete horas, muitas famílias de presos chegam aqui antes da uma hora da madrugada. Alguns com crianças no colo, enfrentando frio ou chuva, brigando por um lugar na fila. Há uma tensão grande, provocada pelo nervosismo consequente dos problemas que causa a prisão de um chefe de família ou o desespero pela situação do filho preso por uso de drogas".

Em nível estadual, no Rio Grande do Sul, a Portaria 12/2008, da Susepe (Superintendência de Serviços Penitenciários, 2013b), o Regulamento Geral para Ingresso de Visitantes e Materiais em Estabelecimentos Prisionais, detalha procedimentos relativos à visitação. Assim, prevê que, em cada estabelecimento prisional, haverá uma "equipe de revista" para fiscalizar, revistar e fazer a triagem de pessoas e matérias que entram ou saem do estabelecimento e estipula a cada preso ter direito a no mínimo um e no máximo dois dias de visitas por semana.

O art. 2.º da Portaria estabelece que "o padrão de comportamento do preso, as características do estabelecimento prisional e a necessidade de preservar as

condições de segurança e propiciar adequadas condições de revista" será considerado para verificar o direito de visita. De fato, isso não acontece, somente se praticada falta é que o preso será punido e não receberá visita.

De acordo com o art. 3.º da Portaria 12, os visitantes são divididos em categorias, analisando-se o grau de parentesco e afinidade com o preso. Assim, a categoria I inclui pais, mães, cônjuges ou companheiros (as), filhos e irmãos (maiores); a II inclui os filhos e irmãos menores de 18 anos e menores cuja guarda o preso possua; a III, avós, sogros e cunhados; a IV outros parentes e amigos; e a V outros parentes e menores de 18 anos, inclusive enteados cuja guarda o preso não possua, desde que apresentem autorização judicial.

Cada casa prisional possui autonomia para determinar os dias e os horários das visitas, que podem ser comuns ou íntimas. As primeiras implicam contato com os presos no pátio, as segundas podem se estender para dentro da galeria ou espaço preparado para tal, na qual se permite a prática de relações sexuais.

Já o Dec. estadual 46.534/2009, que estabelece o Regimento Disciplinar Penitenciário (Superintendência de Serviços Penitenciários, 2013c), regra, no art. 38, que o diretor pode conceder, sob condições, regalias aos presos, citando dentre elas o receber bens de consumo, de qualidade, quantidade e embalagem, permitida pela administração, trazidos por visitantes, ou ampliar os horários de visita e pátio e ainda permitir receber visitas extraordinárias.

Devemos compreender que o direito de visita aparece como princípio fundamental da execução da pena, a fim de evitar que se rompam os laços com a família e o mundo exterior. Coyle (2004, 42) esclarece que "O direito a ter contato com a família não é subtraído, porém seu exercício pode ficar restrito (...)".

3. SALA DE REVISTA DO PCPA

Como exposto na introdução, o número de visitas por ano no PCPA ultrapassa a cifra de 200 mil pessoas. Evidente que a maior parte dos visitantes realiza diversas visitas, tanto que são 9.616 pessoas cadastradas no momento da coleta dos dados (2013).[2] Para recebê-los, há uma estrutura montada ao lado do portão de entrada do PCPA, fora da instituição, sobre a calçada pública. Ela é precária: são bancos de concreto ao lado da tela que separa o PCPA da rua que se estendem por 15 metros, aproximadamente, sob uma cobertura de telha de amianto; assemelham-se a uma longa parada de ônibus.

2. Informações coletadas junto à administração do Presídio Central nos dias 19.09.2013 e 14.03.2014.

Depois de aguardarem nesta área, os visitantes ingressam em um grande salão, com mais de 180 metros quadrados, no qual se distribuem quatro ventiladores e vários bancos, além de locais onde existem espaços administrativos e para revistas.

Fica evidente o predomínio de visitantes do sexo feminino e a confirmação do ditado ("a mãe não abandona o filho preso, o pai, sim"); das pessoas cadastradas, 7.192 são mulheres e 2.424 homens. Ilustra essa realidade a história relatada por um PM. Ele conta que, caminhando perto do Central, encontrou um colega dentro do carro e perguntou o que fazia ali. Este contou (confessou) que toda semana trazia a esposa para ver o filho, "hóspede" da Casa, mas que ele não entrava, evitava vivenciar aquela situação.

Pode-se ainda classificar as quase 10 mil pessoas em 2.175 mães, 577 pais, 1.628 irmãs, 787 irmãos, 2.059 companheiras, oito companheiros (casais do mesmo sexo), 70 avós, sete avôs, sete netas, dez netos, duas primas, um primo, 93 amigas e dez amigos.[3]

Há também, entre os visitantes cadastrados, 2.100 crianças e adolescentes autorizados para realizar visitas. No ano de 2013, foram 194.015 visitas femininas, 25.446 masculinas e 20.208 crianças (se considerarmos esses números, há uma pequena discrepância, pois o total será de 239.669 visitantes, ao contrario dos 244.907 antes apontados, consultada sobre esta a administração aponta um terceiro número: 241.132 pessoas).[4]

Para ingresso, além da necessária identificação, o visitante precisa da concordância do preso, bem como não ser egresso do sistema prisional nos últimos 12 meses (exceto se cônjuge ou companheiro). A identificação acontece através de carteira aceita em todas as casas prisionais do estado, que possui número gerado no Sistema de Informações Penitenciárias (Infopen).

Aos visitantes, que estejam chegando no PCPA pela primeira vez, não tendo havido tempo para a realização da carteira de identificação, é oportunizado realizar a visita com uma identificação provisória. Esse primeiro ingresso (conhecido como primeira assistência), acontece para a família entregar ao preso objetos básicos (cinco peças de roupas, cinco itens para higiene pessoal, um cobertor sem bordas, uma toalha de banho, um par de chinelos, cinco carteiras de cigarro nacional e um lençol sem elásticos). Ela é realizada na sala piloto, um espaço também destinado a quem não deseje

3. Informações coletadas junto à administração do Presídio Central nos dias 19.09.2013 e 14.03.2014.

4. Informações coletadas junto à direção do Presídio Central no dia 14.03. e 11.04.2014.

ou não possa ir ao pátio. Neste espaço, a visita é monitorada por policiais e o tempo é limitado.

Durante o processo de elaboração da carteira de identificação, o visitante recebe orientações para a realização da visita, sobre o tipo de roupas permitido e proibido e os objetos admitidos, ou não. Algumas roupas, por as cores servirem para identificação de instituições ou atividades internas (as de cor preta, azul royal, laranja, cinza e verde, pelo fato de serem utilizadas, respectivamente, no uniforme da Susepe, no dos presos que trabalham dentro do Presídio Central e no da Brigada Militar) impedem o acesso à Casa.

No momento da identificação dos visitantes, é verificado se o preso possui processo referente à Lei Maria da Penha, pois, se houver, sendo ela a vítima, não poderá entrar, por questão de segurança da própria visitante, uma vez que, no pátio, não há como garantir a sua segurança.

As visitas acontecem nas terças e quartas-feiras, sábados e domingos. Os presos que recebem visitas nas terças-feiras terão o direito novamente no sábado e os presos que recebem nas quartas terão outra vez no domingo, sempre entre sete e trinta e dezessete horas (Superintendência de Serviços Penitenciários, 2013a). Esses horários, conforme decisão da direção do PCPA podem ser alterados. Em uma ocasião, devido à falta de luz, verificamos que foi negociado entre a direção e os presos que, no próximo dia de visita, o horário seria estendido para compensar os inconvenientes gerados pelo fato (Rudnicki, 2012).

Os visitantes que forem ao presídio durante a semana poderão levar objetos pessoais para o preso, sendo permitido até dez itens por semana. A definição dos objetos cujo ingresso é permitido não depende do arbítrio do diretor de cada casa prisional gaúcha, mas das determinações legais previstas na citada Portaria 12/2008 da Susepe (que é o Regulamento Geral para Ingresso de Visitantes e Materiais em Estabelecimentos Prisionais).

Nos anexos, se percebe que, dentre as comidas, pode-se ingressar com bolachas (Maria e Água e Sal), carne bovina, frango, peixe, feijão, legumes (cozidos, assados, fritos, sem ossos, descascados, cortados, empanados só industrializados, não à milanesa), saladas (cortadas), chocolate em barra (preto e sem recheio), frutas (exceto abacaxi, uva, bergamota, laranja e limão), refrigerante e água mineral pet (exceto sabor uva, abacaxi e limão).

No que tange aos objetos, os anexos citam aparelho de barbear descartável, balde, cortador de unhas (pequeno e sem lixa), creme dental (em gel com embalagem transparente), papel higiênico (não pode ser branco ou amarelo), sabão em barra (menos amarelo e branco), caderno (sem espiral), cane-

ta de plástico, cigarro, envelopes de cartas (não pode ser totalmente branco ou amarelo), selos, isqueiro transparente, jornal (sem classificados), revistas, tênis (tipo futsal, solado baixo, não acolchoado, sem metal), cobertor (sem barra, pode ser de casal, não pode ser duplo), calça (sem cordões ou metais), televisor 14 polegadas ou menor (sem antena metálica), rádio pequeno AM/FM (sem gravador ou CD), sem caixas acopladas, relógio de pulso simples e ventilador (base e pás de plástico de 30cm no máximo). Objetos pessoais e de higiene terminam, desta forma, sendo fornecidos pela família.

Como não poderia deixar de ser, no Rio Grande do Sul, permite-se ainda o ingresso de erva mate (na embalagem original), aquecedor de água (só de plástico e de mola), garrafa térmica (simples, de plástico, sem bomba, desmontável), bomba (só chata sem adornos) e cuia para chimarrão (lisa, sem qualquer adorno).

Em sentido contrário, a Portaria proíbe a entrada de roupas semelhantes a fardamentos policiais ou militares (camuflados), alimentos e bebidas congelados, alimentos recheados ou com coberturas, aparelhos de CD ou DVD, balas e bombons, computadores, notebooks, gravadores, aparelhos tipo MP3/MP4, iPod, máquinas fotográficas e filmadoras, fósforos, panelas e talheres de metal, eletrodomésticos em geral e demais materiais e equipamentos não relacionados como permitidos, além de álcool, armas, munições e explosivos, drogas ilícitas, serras e telefones celulares.

4. DA REVISTA

Para que seja realizada a visita ao preso é necessário que a pessoa se submeta a uma inspeção, bem como sejam verificados os objetos trazidos. Para efetuar este trabalho existem nos presídios equipes de revista. No caso do PCPA, a equipe está composta por 38 pessoas (uma tenente, seis sargentos e 31 policiais militares femininas)[5] e divide-se em dois grupos, um para examinar os objetos e outro para os visitantes.

A preocupação maior da equipe de revista são as tentativas de ingresso com drogas, pois os detectores de metais não acusam sua presença. Os objetos a serem entregues para o preso são fiscalizados com auxilio de uma máquina de raios-x. Ainda assim, há ingresso de material ilícito; seja burlando esses cuidados, seja por via de arremessos por cima dos muros ou de corrupção da guarda. A CPI (Brasil, 2008, 38) relata que:

5. Informações coletadas junto à administração do Presídio Central no dia 09.04.2014.

"(...) Considerados uma 'arma' nas mãos dos presos, os celulares entram com facilidade em cadeias de todo o País. Muitos entram com as visitas, especialmente mulheres, que introduzem os aparelhos e os chips em suas partes íntimas e burlam a vigilância, que já não é das melhores, porque os agentes são poucos para muitas visitas e não é possível revistar todo mundo".

No que se refere ao PCPA, uma revista em quadrinhos, voltada a prevenção da AIDS, elaborada tendo como base a realidade da casa no início dos anos 90, conta: "Dias depois, *pintou* um 'carregamento misterioso' (...). Pudera, na cadeia ninguém ouve, ninguém vê ninguém fala! (...)" (Oliveira e Souza, 1991, 12). Entre 2012 e 2014, Melo (2014) noticiou a prisão de um soldado e um sargento da Brigada Militar por suspeita de tráfico de drogas, celulares e armas no interior do Presídio Central.

Devemos destacar que o ingresso de objetos ilícitos é fato comum em presídios de todo mundo. Uma reportagem do repórter português Henrique Cymerman (2013), para o programa "Globo News Especial", apresenta um presídio israelense de segurança máxima, destinado a palestinos condenados como terroristas, no qual, quando da realização de revistas, são apreendidos celulares e armas brancas.

Quanto ao procedimento destinado às pessoas, ele é ainda mais complexo. A revista acontece em uma sala grande, com ar-condicionado, na qual são verificadas dez mulheres simultaneamente. Essa sala de revistas possui uma dimensão, aproximada, de 10 metros de comprimento por 4,5 de largura e nela há 10 "boxes" (cinco de cada lado). A sala é pintada de cor lilás e há um grande desenho (árvores e flores, em tons verdes e amarelo) na parede do fundo. Há uma segunda sala, 12 metros quadrados, para atender outros grupos, de 4 visitantes, e que funciona quando a demanda é grande.

Em frente aos boxes da sala principal, há uma mesa almofadada comprida, que se prolonga desde o primeiro até o último box. Nela, as visitantes colocam suas roupas, para que as policiais possam examiná-las, pois a revista é realizada em trajes íntimos (apenas calcinha). Assim, primeiro acontece a inspeção das roupas e depois a passagem por um detector de metais. Apenas policiais femininas permanecem neste espaço e revistam mulheres.

Não pode a visitante estar usando absorvente interno, como também não é permitido o uso de protetor diário. Logo, estando ela em período menstrual, deve usar absorvente que, no momento da revista, precisa ser trocado na frente da policial. As dificuldades são muitas (esse constrangimento será melhor analisado na sequência). Há também questões como a reclamação de que o piso frio não parece adequado, pois as mulheres devem ficar sem sapatos e

meias (mesmo no inverno gaúcho). Logo, dentro da proposta de humanização do espaço, a administração providenciou a colocação de um piso de madeira (poucos dias após a substituição, foram encontrados celulares sob as tábuas).

Além dessa revista, existe ainda a chamada "íntima"; uma policial da equipe de revista explica quando e por que motivo ela acontece:

"Fazemos a revista íntima em casos de suspeita de que esteja portando algum objeto não permitido de entrar, ou, o que ocorre muito são os casos de denúncia. As visitantes mesmas que fazem a denúncia, pois há algumas facções criminosas dentro do presídio e elas também tentam prejudicar umas às outras. (...) A suspeita é quando algumas chegam caminhando estranho, apertando as pernas. Ou no caso de muitas mulheres que nós já conhecemos, que já frequentam o presídio há um tempo considerável, ficam nervosas, começam a suar e, das outras vezes, sempre tranquila e sabe como é o procedimento, então nós fazemos a revista íntima".

A mesma PM continua a explicar que a revista íntima também é realizada por policial do mesmo sexo da visitante e o método se baseia em agachamentos, três de frente e três de costas para a policial. Assim, a diferença da revista comum para a íntima é que na comum as visitantes ficam em trajes íntimos (só calcinha) e na íntima sem nada e ainda tem de fazer os agachamentos. Com um espelho é verificado se há algum objeto no canal vaginal; se houver, quem retira é o próprio visitante, pois os policiais não tocam nos visitantes.[6]

As crianças de até 12 anos passam pelo detector de metais vestidas, na presença do responsável. Caso verificado a necessidade de uma revista mais minuciosa, será realizada também na presença do pai ou da mãe.

Existe ainda uma sala de revista para homens, bem menor, com 10 metros quadrados. Soldados do Grupo de Apoio e Movimentação (GAM) os revistam, um de cada vez, com apoio de detector de metais.

Quando se encontra algo proibido com o visitante (como drogas ou armas), ele é encaminhado para que seja registrada a ocorrência e, se forem outros objetos, cuja posse não configure fato criminoso, realiza-se registro em um livro de ocorrências e instaura-se procedimento administrativo. Neste caso, a punição será determinada por autoridade da Casa, pois se trata de poder discricionário.

De acordo com uma sargento entrevistada, a primeira punição, em regra, significa 30 dias de suspensão no direito de visita, a segunda vez de 90 a 180

6. Desde novembro de 2014, a revista íntima não mais existe no Rio Grande do Sul (WILLRICH, 2015).

dias. Ela destaca ainda que, no caso de tentativa de ingresso com drogas ilícitas, além do processo judicial, a visitante pode ser impedida definitivamente de realizar visitas.

No ano de 2013, durante a realização destes procedimentos, foram apreendidos 55 celulares e 45 chips para este tipo de telefone, além de 2.882 kg de maconha, 190 gramas de cocaína e 11 gramas de crack.[7]

A visita de familiares e amigos acontece em um dos pátios existentes. São 11, um para cada pavilhão e mais um especifico para os que trabalham na cozinha, os maiores, com aproximadamente 300m², nos quais existem campos de futebol, (cimentados ou de areia), banheiros e uma área coberta; os menores, como os da cozinha, apontam os presos, oferecem melhores condições e mais segurança para receber os familiares (Rudnicki, 2011, 527). Alguns possuem brinquedos de madeiras (escorregador, balanço etc.) para as crianças, outros não.

Enquanto as visitas familiares acontecem no pátio, as íntimas ocorrem nas galerias, nas celas, e são organizadas pelos próprios presos; sendo assim, variam de acordo com cada galeria. Antes disso, para a visitante acessar a galeria para a visita íntima, é necessário comprovar união estável ou apresentar certidão de casamento. Existem prazos para troca de visitantes, mas tudo isso pode ser burlado facilmente (basta, por exemplo, a visitante indicar outra pessoa como quem irá recebê-la).

"A questão sexual nas prisões" é tema complexo e controverso, debatido desde a década de 30 do século passado (Britto, s.d.). Hoje podemos indicar, entre outros textos sobre o tema, os de Lima (2006) e Padovani (2011).

5. UMA NOVA PERSPECTIVA

Além de ser direito do preso, a visita serve também para minimizar a falta da pessoa presa sentida por genitores, companheiros e filhos, que sofrem efeitos secundários da pena; esse direito ameniza a ausência. Todavia, a confusão entre o autor do fato delituoso e sua família ainda acontece. Abundam relatos nos meios de comunicação de famílias que são castigadas (por exemplo, têm suas casas queimadas) pelos erros/crimes praticados por algum de seus integrantes. Este fato remete ao que manualistas (Mirabete, 2009, 16) chamam de fase da vingança privada, momento no qual quando alguém praticava um crime acontecia reação da vítima e/ou de seus parentes. A proposta de buscar um direito penal mais racional tentou alterar essa realidade.

7. Informações coletadas junto à administração do Presídio Central no dia 14.03.2014.

Não há razão para se punir, pois, direta ou indiretamente, os familiares. E a criminologia mais ingênua, que acredita nas ideias de tratamento penal, destaca a importância da participação dos mesmos durante o que denomina de "processo de ressocialização". Mesmo não acreditando nessa possiblidade, entendemos a importância das visitas para os presos e concordamos com Coyle (2004, 117):

"O modo como as famílias e outros visitantes são tratados ao chegarem à penitenciária muitas vezes é uma boa medida indicativa de como a penitenciária é administrada. Também é de grande importância para o presidiário e, portanto, pode ter um impacto positivo ou negativo sobre a segurança e a estabilidade dentro do presídio".

Compartilhando essa perspectiva, uma capitã da PM gaúcha, primeira oficial feminina a trabalhar no PCPA, após conhecer os diversos setores da prisão, pediu para dirigir a "sala de visitas", que na época se chamava de "sala de revista". Ela atuou entre setembro de 2011 e maio de 2013 e conta que antes foi policial civil e sempre teve vontade de trabalhar no sistema prisional.

"(...) de alguma forma interferir nessa comunidade toda, que se forma em torno dessa privação de liberdade e na ocasião eu fui convidada para dirigir o CAF, a Casa Albergue Feminina (...) nunca imaginei trabalhar no Central, porque nunca teve uma capitã feminina que viesse trabalhar aqui, mas na hora assim eu gostei achei que seria uma boa oportunidade, me apresentei aqui e o Coronel me disse: 'Eu não sei ainda eu vou te colocar'. E respondi: 'O senhor me colocar eu vou trabalhar, mas se o senhor me colocar na 'sala de revistas' eu vou gostar mais, vai ser um prazer para mim trabalhar lá'".

A primeira ideia da capitã foi da necessidade de mudar o nome da sala, para alterar o tratamento oferecido aos que lá chegam.

"(...) apresentei o projeto e o Coronel gostou, me autorizou a fazer e eu mudei o nome de sala de revistas para sala de visitas, porque a revista é só um procedimento para elas entrarem na Casa, um procedimento de segurança, mas na verdade elas vêm aqui com o objetivo primeiro de visitar os entes que estão recolhidos aqui no Presídio Central. E até tem um *banner* que eu bolei lá no projeto, que eu idealizei, que é o projeto Visitando, e o logo do projeto são as mãos do estado acolhendo as visitas, porque todo o órgão público tem a função de acolher, de receber as pessoas, como se elas estivessem entrando em suas próprias casas, de dar aquele primeiro conforto. Essa é a função do Estado. Está lá no pacto social, essa é a função do Estado (...)".

A capitã acrescenta que desejava mudar a sala por que percebia que as policiais militares que trabalham na mesma percebiam os visitantes apenas como uma visita para os presos.

RUDNICKI, Dani; SANTOS, Carla Cristiane Dias dos. Percepções sobre o direito de visita no Presídio Central de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 311-333. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

"Por isso a ideia de que nós vamos tratar elas bem, romper com isso, por isso o nome 'visitas'. Tratem elas como visitas, todas, porque não é só delas, é cultural, está indo no presídio porque vai visitar criminoso, porque está envolvida junto então. Para romper com isso. Muito poucas têm esse pensamento de diferenciar que têm pessoas de bem e pessoas já envolvidas com a criminalidade. Elas precisam ser despertadas disso diariamente, elas precisam disso".

E complementa:

"(...) a cultura era outra, tem que se quebrar o paradigma para passar a entender que essas pessoas que chegam, independente do que elas são (...) elas merecem ser acolhidas (...) ser acalmadas e orientadas, porque elas sofrem os reflexos do cárcere tão ou mais que os maridos ou irmãos (...) a partir do momento que eles entram ali elas têm que se identificar (...) passar por um cadastro, por uma revista (...) visitam seu parentes numa situação que não é de liberdade, de eu não diria constrangimento, mas em uma situação vigiada (...) abrem mão de todos aqueles direitos que eles tinham lá fora para entrar aqui, são pessoas assim, muitas de idade avançada (...) tem que fazer revista íntima que é uma coisa muito constrangedora para a mulher, mesmo para a gente que vai na ginecologista já é constrangedor, imagina para elas".

Sobre as servidoras, a capitã destaca:

"(...) é um trabalho bem desgastante para as meninas que revistam, passam por elas cerca de mil e quinhentas a duas mil pessoas por dia de visita, te imagina assim, profissional revistando duas mil genitálias por dia. Não é uma coisa muito agradável. É um trabalho muito desgastante, porque as pessoas chegam assim até na questão psicológica muitas pessoas chegam com os lares destruídos, outras pessoas chegam com desrespeito, sem educação (...)".

Todavia, lembra a oficial que ao servidor cabe acolher, oferecer um serviço de qualidade, que as policiais devem ser equilibradas. Afinal, elas são responsáveis por garantir que as visitas entrem com segurança, sem conduzir fonte de risco para o interior do PCPA. Se tivesse recursos financeiros disponíveis, a capitã acrescenta que faria uma mudança estrutural:

"Eu queria ainda ampliar a sala para ter locais, pequenas salinhas de atendimento das visitas que vem, aquelas que precisam que chegam em um primeiro momento aqui, que elas pudesse conversar com o setor jurídico, que elas pudessem conversar com a psicóloga, para receber aquele primeiro acolhimento. Porque o impacto da prisão, ele é muito duro para as famílias, principalmente para as de bem, que tem muitas que não são acostumadas com a criminalidade, então essas pessoas têm que ter assessoramento".

RUDNICKI, Dani; SANTOS, Carla Cristiane Dias dos. Percepções sobre o direito de visita no Presídio Central de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 311-333. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

6. CONVERSANDO COM OS VISITANTES

A aproximação ao PCPA permite verificar a fidedignidade dos dados sobre os visitantes. Basta olhar de longe a fila para perceber muitas mulheres, por vezes algum homem. E, no dia 11.09.2013, à tarde, havia 12 visitantes aguardando para entrar, somente mulheres.

Neste dia, como em outros, elas estão sentadas nos bancos em frente à sala de visitas. Foi ali que conversamos com uma senhora e uma garota, mãe e irmã; chamaremos a senhora de Maria e a garota de Ana, para preservá-las. Elas vão ao Central há cinco meses, todos os domingos e quartas-feiras, mas Maria só entra uma vez, pois não se sente bem em passar pela revista mais de uma vez por semana.

Perguntada sobre o porquê de estar ali se somente ingressa para a visita no domingo, informa que na quarta-feira levam alguns objetos pessoais para o filho, mas que nem todos objetos recebem autorização para entrar no presídio, então fica do lado de fora, para o caso de um deles ser impedido. Ela perguntou: "Tu acha que eu estaria de tênis se eu fosse entrar? Desse jeito?" (risos). A moça, por sua vez, disse:

"Olha a minha roupa, é assim que pode entrar sem complicações (ela estava de chinelo, uma camisa de algodão e calça jeans). Que raiva, não pode mais entrar de *suplex* preta, depois que inventaram essas calças eu não tinha mais calça jeans, porque tu sabe né, quando se é gordinha".[8]

A moça entrou para a visita. Maria relata que é muito difícil para uma família pobre ter que ir duas vezes por semana no presídio, pois além das passagens e pequenos gastos ainda precisa levar os objetos para quem está preso. E acrescenta ser sorte que pela idade não paga a passagem do ônibus, se fosse diferente não teria condições de visitar o filho toda semana (Coyle, 2004, 116) alerta para a necessidade de pensar que os presos são em maioria pobres e que as famílias precisam ter facilidades para que se cumpra o direito de visita).

Maria não reclama da fila. "Sou idosa, tenho 71 anos". Tampouco Ana, afinal, por chegar à tarde, espera em média (somado o tempo da revista) 50 minutos para entrar no pátio. Mas relatam que pela manhã a fila é mais longa, pois as pessoas chegam cedo para terem mais tempo dentro da casa prisional.

Em relação ao procedimento para a realização das visitas, declaram ser muito humilhante, referindo-se ao fato de ficar somente com roupas íntimas.

8. A pesquisadora que realizou esta entrevista riu junto com a entrevistada, porque estava usando uma *legging* de *suplex* preta.

"Imagina, moça, uma pessoa da minha idade estar se submetendo a isso". No mesmo momento, Ana interrompe: "Se acalma mãe, ele está quase saindo".

E conta que, na última visita, estava com uma calça de *suplex* preta que antes era permitido e quando foi entrar foi impedida.[9] Então ela foi no bar da frente e comprou uma calça permitida. Maria relata que outra vez estava muito frio e como usava mais de uma blusa de lã e não se pode entrar com mais de três peças de roupas, ela alugou um armário no bar da frente para deixar o restante das roupas.

Elas entendem que o pátio não é local adequado para visitas e dizem que, no domingo, tem muita gente, não sendo possível nem conversar direito ("É muito barulho. E vem muitas crianças, que ficam correndo"). Reclamam da falta de privacidade.

Em relação à duração da visita, afirmam que é suficiente. Que se encontram toda a semana e quando ele está com um pouco mais de saudade, chegam mais cedo. Maria acrescenta: "Ai moça, eu ainda fico com dois corações em vim ver ele, porque cada vez que saio de casa eu penso: 'Vou ter que passar por tudo aquilo de novo e ele não sabe o nosso sentimento em relação a isso, então te garanto que ele gosta mais que nós'" (risos).

Maria conta que no começo foi difícil, pois nunca imaginou algo assim. Mas, com o passar do tempo foi se acostumando e resolveu que não o deixaria sozinho (ele não possui filhos e esposa). Ela diz que a namorada o deixou quando foi preso e que ela mesma não o irá mais visitar se acontecer dele ser preso novamente.

Eva, outra visitante, é esposa de um preso. Casaram um ano antes da prisão e ela conta que não sabia o que ele fazia pra viver. "Ele saia de casa todos os dias de noite pra trabalhar e voltava de manhã. Eu achava que ele tava trabalhando, mas na verdade ele tava roubando e envolvido com drogas. Mas eu era e ainda sou da igreja, por acreditar em Deus, eu sei que ele vai sair daqui e vai levar uma vida honesta".

Descobriu a verdade no dia em que a policia invadiu a casa, procurando por ele. Era cedo, seis e meia da manhã, e ela falou ao policial que ele estava trabalhando. Lembra que um deles riu e disse: "Ou a senhora está se fazendo de louca para acobertá-lo ou é muito ingênua". Nunca esqueceu essa frase e jura que não sabia de nada.

9. Em entrevista com uma sargento, como já dito, foi informado que não é possível a entrada de visitante com roupa de cor preta, pois é a mesma cor do uniforme da Susepe. Por um período de tempo, entretanto, a Brigada Militar permitiu o seu uso.

Um sobrinho do esposo avisou que ele estava preso e ela não acreditou. "Parece que meu mundo caiu, que o chão tinha desabado, foi terrível, eu não sabia o que fazer e ainda estava grávida. Não gosto nem de me lembrar desse dia, foi horrível".

Ela o visita duas vezes na semana. Uma irmã dele e uma tia dele também vinham no começo, depois só ela (ele não possui pai nem mãe). As famílias dizem que presídio não é lugar para criança e ela concorda, mas quando trazia fotos da filha ele chorava e então, quando ela tinha sete meses, a trouxe escondida dos familiares, para conhecer o pai.

Em relação à espera na fila, diz que o tempo máximo que ficou aguardando foi uma hora e meia, mas teve dias que entrou em 15 minutos, fora o tempo para passar pelas revistas. Em relação a esses procedimentos, revela:

"Os bons pagam pelos maus. O procedimento é horrível, é vergonhoso, temos que ficar quase nuas, isso não tem cabimento, mas por outro lado tem as esposas e parentes de outros presos que vem trazer drogas, armas, celulares e mais um monte de coisas proibidas nas visitas. Se não fosse por essas pessoas é bem provável que passássemos apenas por uma revista básica. Mas se é pra ter menos agressões, menos rebeliões e menos drogas nos presídios, até que dá pra suportar as revistas".

Sobre o local da visita, diz que o pátio não é adequado, que as pessoas ficam na chuva ou no sol. "Não conseguimos ficar sossegados nem um minuto, é muita gente junta". Perguntada sobre a visita íntima, riu e disse:

"Olha moça, imagina assim... (mais risos). No começo eu nem perguntei como funcionava, eu pensava que nunca ia fazer algo tão íntimo num lugar desses, mas a necessidade foi batendo (risos) em mim e nele, principalmente nele (risos). E, quando tive coragem pra tal da visita íntima, eu achei que não conseguiria e foi o que aconteceu. A primeira visita não consegui fazer nada, coitado, ficou só na vontade (risos). Mas depois fui pensando, fomos conversando, e acabou acontecendo. Pelo menos duas vezes no mês, ele tem direito a me ter (risos)".

A terceira entrevistada, Solange, veio visitar o filho; é sua terceira visita. E lamenta:

"Sabe moça, não gosto de estar aqui, sei que ninguém gosta, isso aqui é uma humilhação para os familiares, mas é meu filho. Eu reluto para vir aqui visitar ele, pois saio muito mal daqui depois da visita (...). Olha moça, não é fácil saber que seu filho roubou alguém e ainda machucou essa pessoa e está preso. Eu não queria acreditar naquilo. Não criei e nem eduquei meus filhos pra isso. Mas fui conversando com minhas irmãs, com minhas cunhadas e com meu outro filho. Daí decidi vir aqui visitar ele, daí vi que fazia bem pra ele me ver".

O filho preso, ao vê-la, na primeira visita, a abraçou e chorou muito. Ela conta que ia xingá-lo, mas acabou chorando junto e não teve coragem de ir além. O irmão também o visita, bem como uma tia ("(...) umas duas vezes") e o pai. Sobre o procedimento para realização da visita, considera uma humilhação ter que ficar quase pelada na frente de uma mulher que nem conhece. "Quando vim aqui a primeira vez achei que não era tudo aquilo que falavam, mas é sim, na primeira vez que cheguei aqui, já não me deixaram entrar porque eu vim com uma camisa em cor que não era permitido entrar".

Como se percebe nas entrevistas, um suporte para estas mulheres está no comércio estabelecido na frente do PCPA.[10] Aparecida, há dois anos proprietária de um desses estabelecimentos, diz que muitas pessoas presas são "ladrão de galinha" e outros são esquecidos por não terem dinheiro para pagar um advogado, além disso. "Há alguns que são ruins mesmo". E ela acrescenta que a família acaba cumprindo pena junto.

Das conversas com os visitantes, ressalta Aparecida, a maioria diz a mesma frase: "Se não fosse ter que ficar pelada, a visita até que seria boa". E que escuta muitas histórias, quase todas tristes. Uma das que mais a chocou foi a de uma mãe que sentou no bar depois da visita e começou a chorar muito; ela serviu um copo de água com açúcar e ela contou: "Eu enterrei um filho não faz sete dias, foi assassinado, baleado, e agora estou aqui com o outro que matou um homem para roubar. Eu descobri agora isso, o motivo dele estar preso. E, como eu sou uma pessoa direita, eu vejo que perdi dois filhos".

Em um momento da entrevista, chega uma garota, aparentando 16 anos, e diz: "Oi Aparecida, eu vim me despedir, que o meu pai está indo para casa. A hora que eu saí dali de dentro a minha mãe me ligou e falou que o advogado conseguiu para ele ir para o semiaberto. Foi difícil, um ano e meio vindo aqui". Elas se despedem. Aparecida fala: "Você queria uma história alegre, o que eu ouço aqui, a maioria é assim, que o parente está saindo do presídio". Ela fala que essa moça, visitando o pai, conheceu um colega de galeria dele e começou a namorar. Hoje, estão casados e ele "se ajeitou", trabalha, é um ótimo marido.

João, ambulante, entre 55 e 60 anos, vende de lanches na frente do PCPA há um ano, já presenciou muitas situações. Conta que algumas senhoras, na maioria mães de presos, estão toda semana desde que começou a trabalhar ali. Ele define a rotina da frente do PCPA como "Uma loucura, muitas vezes

10. O Ministério Público gaúcho sustenta tese e está promovendo ações nas quais acusa os bares de funcionarem como bancos para os presos, eis que a quantidade de dinheiro que ingressa no PCPA possui limites (AZEREDO, 2014).

RUDNICKI, Dani; SANTOS, Carla Cristiane Dias dos. Percepções sobre o direito de visita no Presídio Central de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 311-333. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

parece a frente de um hospital de tão calmo que chega a dar sono. E, outras vezes, parece a frente de um sanatório de tantos loucos" (risos). Conta que tem vezes que umas gurias chegam para visitar o mesmo preso e brigam, gritam, se batem.

Ele ainda se refere a três grupos de visitantes. O primeiro, das mulheres que chegam de salões, com cabelos amarrados, que não conversam com as demais e ele crê serem crentes; as segundas são senhoras de mais idade que a maioria das visitantes respeitam e por vezes até cedem lugar pra elas sentarem; as terceiras são tiazonas, mulheres entre 35 e 45 anos que vem aqui pra frente, ficam por aqui e quando faltam três horas para terminar as visitas, a maioria acaba entrando ("Só não me pergunta quem elas são e o que elas fazem lá dentro, mas se você visse as roupas e os estilos delas, você imaginaria várias coisas") (risos).

Em relação aos homens, João destaca que são poucos, 90% discretos, mas alguns com cara de marginais. Os homens nunca reclamam de nada, enquanto as mulheres falam da revista e conta que, nos dias de chuva, os visitantes saem todos molhados, as crianças inclusive, umas saem chorando.

Entre as historias tristes, lembra de uma senhora que saiu e começou a chorar e gritar. "Dava pra ver nos olhos dela o sofrimento". Ela disse: "Por favor, senhor, me ajuda, estou passando mal". Ela desmaiou e ele a segura e chama uma moça para ajudar. Ela acorda chorando e conta que os dois filhos estavam presos porque tinham estuprado e matado. "Dá raiva desses vagabundos, pelo que eles fizeram, mas também tenho pena das mães desses marginais, por tudo o que elas passam e sofrem". Ela explica que estava visitando o filho mais velho, quando saiu da visita pegou a bolsa com o celular, tinha ficado com uma sobrinha do lado de fora, uma menina de 10 anos, e tinha várias ligações da filha. Ela retorna e fica sabendo que vizinhos e parentes da vítima mataram o filho, liberto no dia anterior. "Coitada dessa mulher, mas pro marginal bem feito, e tomara que matem o outro também".

7. CONCLUSÃO

A pesquisa realizada foi desenvolvida com o objetivo de verificar os procedimentos relativos a visitas no Presídio Central de Porto Alegre, bem como o ponto de vista dos visitantes sobre eles. Também analisa a legislação vigente no País e no Rio Grande do Sul sobre o tema e como ela é aplicada no cotidiano do PCPA.

Foi verificado que o procedimento obedecido pela Brigada Militar, que administra o Presídio Central, está de acordo com a legislação. Em especial, a

corporação aplica a Lei de Execuções Penais (garante o direito do preso de receber visitas) e a Portaria 12/2008 da Susepe.

Todavia, as entrevistas com as visitantes e as policiais militares revelam que esses procedimentos constrangem e incomodam as partes envolvidas. Destaque-se que não se ouve reclamações ao comportamento dispensado pelos servidores da Brigada Militar, mas ao procedimento em si, apresentado como necessário para garantir a segurança do Central, dos servidores e dos próprios presos.

Compreende-se que se existe o direito do preso receber visitantes e do cidadão livre ir à casa prisional visitar um preso, existe, igualmente, o dever do Estado em garantir a segurança de ambos, servidores que trabalham na prisão e presos. Mas há de se perguntar: a revista no visitante é necessária? Seria possível manter a segurança e a ordem dentro do presídio sem ela? Esse procedimento (constrangedor) é cabível no início do século XXI? A reposta é simples e se impõe: não. E pode ser solucionada de várias formas, desde que haja real desejo de fazê-lo e o tema seja priorizado, garantindo-se as verbas necessárias.

Ressaltamos que um documento oficial (Res. 9/2006 do CNPCP) aponta a melhor medida, a mais razoável, ou seja, que a revista seja realizada no preso visitado. Argumentos que se ouvem no sentido de falta de espaço e funcionários explicam a não adoção, hoje ou no passado, mas se mostram insuficientes para justificar a falta de medidas visando a implementação no futuro (mas sabe-se que isso tampouco acontecerá em futuro próximo, pois basta observar a construção de novos presídios, não implementando as adequações necessárias para adoção dessa medida – construção de espaços necessários, para se saber que a desculpa da falta de local adequado continuará a ser utilizada).

De fato, as autoridades constituídas, Poder Judiciário, Legislativo e Executivo estavam a se omitir neste sentido. A resposta está aí, todos já a conhecem. Falta vontade política. Pois mesmo que se entendam os argumentos acima como válidos, ainda se poderia, como se fez no final de 2014, adotar o *body scanner* (aparelho que utiliza ondas de radiofrequência – como os de ressonância magnética – e cria modelo tridimensional da pessoa). Ele agiliza o processo (diminuindo o tempo de espera em filas e o número de servidores necessários para a realização do controle) e evita necessidade de as pessoas se despirem. Resta o fato de que, em três dimensões, serão exibidos seios e genitais, mas isso expõe muito menos a dignidade da pessoa.

Não diversas foram observações da CPI de 2008 (Brasil, 2008, 242 e 403), no sentido de que existem aparelhos que permitem agilidade e eficiência nas revistas e que a sua adoção permitiria inibir o ingresso de objetos indesejados ou proibidos, com menos ou sem constrangimentos para visitantes e servidores.

RUDNICKI, Dani; SANTOS, Carla Cristiane Dias dos. Percepções sobre o direito de visita no Presídio Central de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 311-333. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Cabe ainda destacar que visitantes e objetos por eles trazidos, ao suprir a falta do Estado na garantia de alcançar aos presos objetos básicos (vestimentas, material de higiene pessoal), amenizam problemas maiores no PCPA e nas demais prisões gaúchas e brasileiras. Os visitantes auxiliam a tornar o ambiente mais calmo.

Por fim, devemos destacar que a superlotação do sistema prisional dificulta a segurança das casas e também a fiscalização das visitas. No caso do Presídio Central, que recebe, em média, 1.500 visitantes por dia, a tarefa mostra-se hercúlea e ingrata.

Uma mudança na perspectiva de como se percebe o direito de visita ao preso é necessário; por parte do servidor, e da sociedade. Mas não apenas isso, o próprio paradigma da sociedade sobre o presídio deve ser alterado. O País necessita escolher entre um modelo de encarceramento em massa ou de uma proposta que pensa verdadeiramente na restrição de liberdade como *ultima ratio* (ou, mais utopicamente, no uso exclusivo de propostas alternativas (abolicionismo)). De toda forma, considerando a situação atual, pensamos urgente adotar, em todo País, medidas para garantir ao visitante o respeito à sua dignidade, à sua pessoa e seus direitos.

REFERÊNCIAS

AZEREDO, André. Bares em frente ao Presídio Central funcionavam como 'bancos', diz MP. Disponível em: [http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/04/bares-em-frente-ao-presidio-central-funcionavam-como-bancos-diz-mp.html]. Acesso em: 23.04.2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito. Relatório Final da CPI destinada a investigar a situação do sistema carcerário brasileiro. 2008. Disponível em: [www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias53/cpi/cpis-encerradas/cpicarce]. Acesso em: 09.02.2008.

BRITTO, Lemos. *A questão sexual nas prisões*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, s.d.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil. Brasília: Ed. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1995.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Res. 9, de 12.07.2006. Disponível em: [www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/07/cnpcp.pdf]. Acesso em: 06.09.2013.

COYLE, Andrew. *Administração penitenciária: uma abordagem de direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2004.

CYMERMAN, Henrique. As prisões de Israel. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=WO66I5UU85M]. Acesso em: 03.02.2013.

LIMA, Márcia de. *Da visita íntima à intimidade da visita: a mulher no sistema prisional.* Dissertação apresentada a Universidade de São Paulo. Faculdade de Saúde Pública. Departamento de Saúde Materno-Infantil. São Paulo; s.n, 2006.

MELO, Itamar. Soldado da Brigada Militar é preso com drogas no Presídio Central, na Capital. Zero Hora. Disponível em: [http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/noticia/2013/08/soldado-da-brigada-militar-e-preso-com-drogas-no-presidio-central-na-capital-4229385.html]. Acesso em: 01.02.2014.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal.* São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal.* 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. vol. 1.

PADOVANI, Natália Corazza. No olho do furacão: conjugalidades homossexuais e o direito à visita íntima na Penitenciária Feminina da Capital. Cad. Pagu, Campinas, n. 37, dez. 2011. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332011000200007&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 09.04.2014.

RUDNICKI, Dani; AMORIM, Andressa de A.; DORNELLES, Cássia J. V. A saúde no sistema penitenciário de Porto Alegre. *Revista de Informação Legislativa* 199/285-302. Brasília, 2013.

_____. Três dias no Presídio Central de Porto Alegre: O cotidiano dos policiais militares. *Revista de Informação Legislativa* 193/49-63. Brasília, 2012.

_____. Comida e Direitos Humanos no Presídio Central de Porto Alegre. *Revista Direito GV* 7/515-538, 2011.

SOUZA, Percival de. *A prisão.* Historias dos homens que vivem no maior presidio do mundo. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978.

SUPERINTENDÊNCIA DE SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS. Dias e horários de visitas em estabelecimentos prisionais do estado. Disponível em: [www.SUSEPE.rs.gov.br/upload/1320078171_Dias%20e%20hor%C3%A1rios%20de%20visitas%20por%20estabelecimento.pdf]. Acesso em: 17.09.2013a.

SUPERINTENDÊNCIA DE SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS. Portaria 12/2008. Disponível em: [www.SUSEPE.rs.gov.br/upload/20121121153757portaria_n_012.2008_regulamento_geral_visitas_materiais.pdf].Acesso em: 03.10.2013b.

SUPERINTENDÊNCIA DE SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS. Regimento Disciplinar Penitenciário. Disponível em: [www.SUSEPE.rs.gov.br/upload/1321547695_Regimento%20Disciplinar%20Penitenci%C3%A1rio%20atualizado.pdf]. Acesso em: 03.10.2013c.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários.* São Paulo: IBCCRIM, 2005.

WILLRICH, João Henrique. OAB/RS conquista o fim da revista íntima nos presídios de todo o Estado. Disponível em: [www.oabrs.org.br/noticias/oabrs-conquista-fim-revista-intima-nos-presidios-todo-estado/16786]. Acesso em: 21.06.2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A nova teoria brasileira do *habeas corpus*, de André Estefam – *RT* 921/447-469 (DTR\2012\44826);
- Administradores de presídios: na corda bamba dos paradoxos institucionais – Luiz Antônio Bogo Chies – *RBCCrim* 72/295-326 (DTR\2008\301); e
- Execução penal. Direito de visita. Recusa a pretexto da proteção integral de crianças e adolescentes. Necessidade de demonstração concreta e não potencial do risco. Prevalência de interpretação favorável aos fins reintegradores da pena, de Denise Hammerschmidt – *RT* 931/377-387 (DTR\2013\2702).

RUDNICKI, Dani; SANTOS, Carla Cristiane Dias dos. Percepções sobre o direito de visita no Presídio Central de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 311-333. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

82959

A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo

The applicability of the sanctions provided in the Anti-Corruption Business Law (Federal Law 12.846/2013): an analysis on the basis of frauds involving the Subway of São Paulo

Camila Rodrigues Forigo

Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC) em convênio com a Universidade Positivo. Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUC-PR. Advogada.
camila.forigo@yahoo.com.br

Oksandro Osdival Gonçalves

Doutor em Direito Comercial pela PUC-SP. Mestre em Direito Econômico pela PUC-PR. Especialização em Direito Processual Civil pela Faculdades Positivo e Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da PUC-PR. Advogado.
oksandro@cgaadv.com.br

Área do Direito: Penal; Administrativo; Comercial/Empresarial

Resumo: A entrada em vigor da Lei federal 12.846/2013 no ano de 2014 gerou muitas controvérsias, principalmente em virtude da previsão de penalidades extremamente gravosas. Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo analisar a aplicabilidade em tese dessa lei nos casos das fraudes perpetradas nas licitações envolvendo o Metrô de São Paulo. Desse modo, analisaram-se as denúncias oferecidas pelo Ministério Público de São Paulo relativamente as fraudes ocorridas para verificar em quais crimes previstos na Lei Anticorrupção Empresarial as condutas poderiam se enquadrar. Com isso, verificou-se quais

Abstract: The entry into force of Federal Law 12.846/2013 in 2014 generated much controversy, mainly due to the forecast of extremely onerous penalties. In this context, the article aims to analyze the application in thesis of this law in cases of frauds perpetrated in tenders regarding the Subway of São Paulo. Thereby, were analyzed complaints offered by the Public Ministry of São Paulo regarding the frauds occurred to check in which crimes of Anti-Corruption Business Law conducts could fall. Whit that, it was found what penalties can be applied to companies involved in bidding fraud in question under the bias of

Forigo, Camila Rodrigues; Gonçalves, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 337-367. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

as penalidades poderiam ser aplicadas às pessoas jurídicas envolvidas nas fraudes licitatórias em apreço sob o viés da nova legislação para, ao final, constatar que as penalidades previstas na Lei federal 12.846/2013 são extremamente gravosas e podem causar muitos prejuízos, não só para as empresas consideradas delinquentes, mas para toda a comunidade ao seu entorno.

PALAVRAS-CHAVE: Interesse público – Empresa – Intervenção do Estado – Moralidade administrativa – Lei Anticorrupção Empresarial – Contrato.

the new legislation for, in the end, note that the penalties set forth in Federal Law 12.846/2013 are extremely onerous and may cause a lot of damage not only to the companies considered criminals, but for the whole community to its surroundings.

KEYWORDS: Public interest – Enterprise – Government intervention – Administrative morality – Anti Corruption Business Law – Contract.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As fraudes nas licitações do Metrô de São Paulo – 3. A inserção da Lei federal 12.846/2013 na ordem jurídica brasileira e suas principais características – 4. A aplicação em tese da Lei Anticorrupção ao caso do Metrô de São Paulo – 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A empresa Siemens, no início do ano de 2013, denunciou ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a existência de um cartel que atuou ao menos em onze licitações realizadas pelo Governo do Estado de São Paulo, entre os anos 2000 e 2007. Os procedimentos licitatórios tinham por objetivo o fornecimento de equipamentos ferroviários, a construção e a manutenção de linhas de trens e Metrôs em São Paulo.

Por meio de um acordo de leniência,[1] a Siemens denunciou o cartel, apresentando documentos e e-mails comprobatórios das fraudes ocorridas nos processos licitatórios. Entre os envolvidos, além da própria Siemens e da Siemens/AG, estão as subsidiárias das seguintes empresas multinacionais: Alstom, Hyundai, T'Trans, MGE, Bombardier, Balfour Beatty Rail Power Systems Brasil Ltda., Daimler-Chrysler, Temoinsa, Tejofran, CAF e Mitsui.

No âmbito criminal, até julho de 2014, foram apresentadas cinco denúncias perante a Justiça Estadual de São Paulo (Foro Central Criminal de Barra Funda),

1. O programa de leniência está previsto na Lei 12.529/2011 e consiste no acordo firmado entre o Cade e pessoas físicas ou jurídicas autoras de infração contra a ordem econômica. Em síntese, a pessoa delatora se compromete a denunciar a prática às autoridades e colaborar efetivamente com as investigações. Em contrapartida, poderá ser extinta a ação punitiva da Administração Pública com relação à empresa delatora ou ser reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) a penalidade aplicável.

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 337-367. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

que originaram as seguintes ações penais: APn 0026496-28.2014.8.26.0050, em trâmite perante a 28.ª Vara Criminal; APn 0026495-43.2014.8.26.0050, em trâmite perante a 7.ª Vara Criminal; APn 0026497-13.2014.8.26.0050, em trâmite perante a 30.ª Vara Criminal; APn 0026435-70.2014.8.26.0050, em trâmite perante a 11.ª Vara Criminal e APn 0026430-48.2014.8.26.0050, em trâmite perante a 28.ª Vara Criminal.

As acusações, conforme se verá detalhadamente no próximo tópico, versam, basicamente sobre os crimes relativos à ordem econômica e contra a Administração Pública. Frise-se que para a confecção do presente trabalho todas as denúncias aqui mencionadas foram analisadas pessoalmente pelos autores. Assim, todos os fatos narrados e os valores dos prejuízos estimados foram obtidos das peças acusatórias oferecidas pelo Ministério Público de São Paulo, cujo acesso é público à população que tenha interesse em consultar as ações penais.

A apuração do crime de corrupção praticado pelos funcionários da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), pelos políticos, pelos empresários e demais funcionários das empresas envolvidas ainda está em fase de investigação que tramita de forma sigilosa.

No entanto, diante da entrada em vigor, em janeiro de 2014, da Lei Anticorrupção Empresarial (Lei 12.846/2013) e, em março de 2015, do Dec.-lei 8.420/2015 que a regulamenta, que estabeleceram uma série de punições para empresas envolvidas em casos de corrupção e de fraudes às licitações e contratos, convém analisar se os atos das empresas envolvidas nestas fraudes correspondem às condutas descritas pela lei e, principalmente, de que forma se daria a aplicação das penalidades para essas empresas.

O objetivo do artigo, portanto, é analisar a possibilidade de aplicação das penalidades descritas na Lei Anticorrupção Empresarial e qual seria o efeito dessas penas para as empresas, de modo a verificar a viabilidade de tais medidas não só para esse caso, mas para casos semelhantes que certamente virão a ocorrer.

Além disso, partindo do caso concreto, tem-se por objetivo também verificar quais as falhas da lei. Para esse objetivo, o artigo não enfrentará a questão da irretroatividade da lei, mas parte de uma situação concreta ideal para avaliar em tese os impactos, eficiências e ineficiências da norma anticorrupção.

Para tanto, o presente trabalho será estruturado em três partes. Na primeira parte far-se-á a análise das fraudes e da corrupção envolvendo as licitações, por meio das denúncias e de notícias extraídas de jornais.

Após, será abordada a Lei Anticorrupção Empresarial, descrevendo os motivos que levaram a sua promulgação, os seus objetivos, as figuras típicas e as penalidades previstas para, no tópico seguinte, estudar quais as condutas

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 337-367. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

praticadas pelas empresas que se enquadram nas figuras típicas da lei e quais as penalidades podem vir a ser aplicadas. Ao final, pretende-se analisar se as medidas são viáveis e, se forem, se são eficazes ao fim que se pretende ou se podem ensejar o fim daquela determinada atividade empresarial.

2. AS FRAUDES NAS LICITAÇÕES DO METRÔ DE SÃO PAULO

Inicialmente é importante explicar de que modo as empresas envolvidas constituíram o "cartel de trens e materiais ferroviários" e, para essa análise, foram analisadas diretamente cinco denúncias oferecidas pelo Ministério Público de São Paulo.

Conforme a narrativa do Ministério Público, as empresas, tendo conhecimento de que eram as potências mais fortes nesse ramo específico do mercado, acordaram que "dividiriam" as vitórias nas licitações e que as empresas "perdedoras" seriam, posteriormente, subcontratadas para a realização de alguns serviços. Realizando as divisões das licitações (prática classificada como *market-share*), passaram a atuar nos procedimentos licitatórios com vistas a garantir que o combinado fosse efetivamente realizado.

Ajustaram entre si que as empresas que "perderiam" aquela determinada licitação iriam concorrer, mas, por exemplo, não apresentariam determinado documento indispensável para a habilitação, o que geraria a sua não qualificação no certame. As empresas também apresentariam propostas pró-forma (técnica do *bid-rigging*), com valores superiores ao estimado pelo edital, aumentando abusivamente os preços dos contratos e impedindo a CPTM de obter propostas mais vantajosas (caracterizando a prática do *price-fixing*).

Atuando dessa forma, uma série de licitações instauradas para a aquisição e/ou venda de bens e mercadorias foram fraudadas, o que feriu princípios inerentes ao procedimento licitatório, como o princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e o princípio da concorrência, além de gerar importantes prejuízos ao Erário.

As denúncias, oferecidas todas em 23.03.2014, são divididas conforme o objeto das licitações e esclarecem a forma de atuação do cartel em cada um dos procedimentos, imputando aos representantes das empresas envolvidas a prática das condutas descritas no art. 4.°, II, *a*, *b* e *c*, da Lei 8.137/1990 (crimes contra a ordem econômica), no art. 90, *caput* e art. 96, I e V, todos da Lei 8.666/1993 (crimes contra a Administração Pública) nos moldes do art. 69, *caput*, do CP. Destaque-se que a última denúncia a ser abordada neste estudo foi oferecida apenas pela prática dos crimes do art. 4.°, II, *a*, *b* e *c*, da Lei 8.137/1990 e do art. 90, *caput*, da Lei 8.666/1993 c/c o art. 70, *caput*, do CP.

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 337-367. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Destaque-se, mais uma vez, que para a elaboração do presente artigo foram analisadas todas as denúncias aqui mencionadas e que os detalhes fáticos presentes neste trabalho foram retirados das denúncias analisadas.

A Siemens e a Siemens/AG estiveram envolvidas em todas as fraudes, mas seus representantes não foram denunciados em virtude do acordo de leniência firmado com o Cade.

A formação de cartel no Procedimento Licitatório Internacional 83578 é objeto da APn 0026495-43.2014.8.26.0050.[2] Essa licitação versava sobre o fornecimento completo e a instalação de sistemas de ventilação, escadas rolantes, elevadores, bombeamento, iluminação e detecção de incêndio; bem como o fornecimento dos equipamentos para manutenção referente ao projeto da Linha 5 do Metrô de São Paulo.

De acordo com a Siemens, estariam envolvidos nessa fraude os executivos das seguintes empresas, além da própria Siemens: Alstom, Daimler-Chrysler, T'Trans, Mitsui e CAF. Esse cartel teria se iniciado em 04.11.1999 e perdurou até 30.09.2010 (data prevista, em tese, para o encerramento do contrato).

Na fase de pré-qualificação dos participantes desta licitação, as seguintes empresas e consórcios apresentaram documentos para habilitação, demonstrando uma "falsa concorrência": (a) Consórcio Metrô Cinco (composto pelas empresas T'Trans – Trans Sistemas de Transportes S. A., PEM Engenharia S.A. e Ansaldo Transporti S.P.A.); (b) Consórcio AdTranz Total Rail Systems (integrado pela Daimler Chrysler Rail System (Brasil) Ltda. e pela Daimler Chrysler Rail Systems (UK Holding) Ltda.); (c) Mitsui & Co. Ltd.; (d) Consórcio Alstom (formado pelas empresas Alstom Transporte Ltda. e Alstom Transport S.A.); (d) Bombardier Inc. Transit Systems; (e) Consórcio Sicaf (composto pela Siemens/AG; Siemens Ltda. e CAF – Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A.); (f) Consórcio MKB (formado pela Mitsubishi Corporation; Mitsubushi Corporation do Brasil S.A.; Kawasaki Internacional Inc.; Becthel Internacional Inc. e; Becthel do Brasil Construções Ltda.).

2. Nesse caso, houve reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, tendo sido proferida sentença em 31.03.2014 julgando extinta a punibilidade dos denunciados e rejeitando a denúncia. Dessa decisão, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso em sentido estrito, bem como mandado de segurança perante o TJSP. O mandado de segurança – autuado sob o n. 2055547-06.2014.8.26.0000 – teve a liminar parcialmente deferida pela 2.ª Câm. de Direito Criminal do TJSP, para que a denúncia fosse recebida e o feito prosseguisse. Todavia, em acórdão publicado em 29.09.2014, o STJ, no HC 296.848 impetrado pela defesa de Albert Fernando Blum, extinguiu o mandado de segurança, estendendo os efeitos aos demais réus. Desse modo, a ação penal aguarda o julgamento definitivo do recurso em sentido estrito.

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 337-367. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Após análise pela Comissão de Licitação foram habilitados apenas o Consórcio Metrô Cinco e o Consórcio Alstom, sendo que após o julgamento dos recursos foram também pré-qualificados os Consórcios Sicaf e AdTranz.

Superada essa fase, os representantes das empresas componentes dos Consórcios Alstom, Sicaf e AdTranz, juntamente com a empresa não habilitada Mitsui, formaram um novo Consórcio denominado Sistrem, o qual foi aceito pela Comissão. Portanto, continuaram na licitação apenas dois consórcios: o Sistrem e o Metrô Cinco.

A formação desse novo Consórcio consistia em um verdadeiro acordo anti-concorrencial realizado entre todos os representantes das empresas que passaram a fazer parte desse novo Consórcio e, inclusive, entre a T'Trans (integrante do Consórcio Metrô Cinco) e a Mitsui.

Com isso, o preço apresentado na fase de proposta foi superior ao que seria apresentado em uma competição licitatória de fato. O Consórcio Metrô Cinco apresentou proposta pró-forma, apenas para simular a concorrência e ao final sair perdedor. Em contrapartida, as empresas integrantes do Consórcio Metrô Cinco, derrotado na licitação, seriam (e efetivamente foram) subcontratadas para execução de parcela do objeto contratual e fornecimento de materiais.

Ao final do procedimento licitatório, o Consórcio Sistrem sagrou-se vencedor e o objeto da licitação foi adjudicado em seu favor em maio de 2000, no valor total de R$ 527.322.360,65 (quinhentos e vinte e sete milhões, trezentos e vinte e dois mil, trezentos e sessenta reais e sessenta reais e cinco centavos), equivalente, à época, a US$ 286.868.872,07 (duzentos e oitenta e seis milhões, oitocentos e sessenta e oito mil, oitocentos e setenta e dois dólares e sete centavos).

Outra denúncia foi oferecida pela prática da cartelização que, nos moldes da anterior, também tinha como modo a fixação artificial de preços, a apresentação de propostas pró-forma e a divisão do mercado.

Nessa ação penal, autuada sob o n. 0026435-70.2014.8.26.005 e tramitando perante a 11.ª Vara Criminal de Barra Funda, se discute o cartel e as fraudes iniciadas em setembro de 2007, relativas aos Procedimentos Licitatórios de Concorrência Internacional 3834722011 e de Concorrência Internacional 8057822011, ambos da CPTM, relativos à aquisição de 320 (trezentos e vinte) e 64 (sessenta e quatro) carros, respectivamente. Esta denúncia foi oferecida em face dos representantes da Alstom, Hyundai e Mitsui.[3]

3. Ressalte-se que houve desmembramento dessa ação penal com relação à dois dos acusados, tendo as novas ações sido autuadas sob os n. 0042113-28.2014.8.26.0050

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 337-367. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

O acordo firmado entre os representantes da Siemens e Siemens/AG, Alstom, Hyundai e Mitsui entabulava que o Consórcio Novotrem (composto pelas empresas Alstom, Mitsui e Rotem Company) venceria a licitação para o fornecimento de 320 (trezentos e vinte) carros e o Consórcio Siemens-Mitsui, venceria a licitação seguinte, para fornecimento de 64 (sessenta e quatro) carros, evidenciado-se a divisão das licitações entre as empresas cartelizadas. Após a adjudicação, os Consórcios se subcontratariam mutuamente para fornecimento de materiais.

Apresentaram propostas para a primeira licitação: (a) Consórcio Novotrem (composto pelas empresas Mitsui & CO Ltd., Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. e Rotem Company); (b) CAF – Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A.; (c) Siemens Ltda.

A Siemens, nessa licitação, apresentou apenas uma proposta pró-forma, para falsear a concorrência e dar aparência de disputa, tanto é que a sua proposta teve valor muito superior às concorrentes, sendo 40% sobre o valor da CAF e 31% sobre o valor do Consórcio Novotrem.

No entanto, a proposta apresentada pela CAF foi a mais vantajosa e adequada ao edital tendo sido a ela adjudicado o objeto da licitação no valor de R$ 1.177.188.281,67 (um bilhão cento e setenta e sete milhões cento e oitenta e oito mil, duzentos e oitenta e um reais e sessenta e sete centavos), equivalente a US$ 618.563.544,56 (seiscentos e dezoito milhões, quinhentos e sessenta e três mil, quinhentos e quarenta e quatro dólares e cinquenta e seis centavos). Apesar do acordo, as empresas não conseguiram obter a adjudicação do objeto da licitação, em virtude da intervenção da CAF, empresa que não estava alinhada ao cartel.

Com a publicação desse resultado, a Siemens adotou medidas para desclassificação da CAF, recorrendo administrativamente contra o resultado do certame. A Comissão de Licitação negou provimento ao recurso administrativo da Siemens, mantendo a vitória da CAF na licitação.

Diante desse resultado a Siemens desistiu de concorrer ao Procedimento Licitatório 8057822011, relativo à aquisição de 64 (sessenta e quatro) carros,

---

e 0042111-58.2014.8.26.0050. Nas três ações foi proferida decisão rejeitando a denúncia com base no art. 395, III, do CPP, por entender que o acordo supostamente praticado não produziu nenhum efeito no processo licitatório já que o certame foi vencido por empresa estranha ao pseudo cartel. Dessa decisão houve interposição de recurso em sentido estrito pelo Ministério Público nas três ações penais, os quais aguardam julgamento.

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 337-367. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

concorrendo apenas as empresas CAF – Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. e Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda., sagrando-se vencedora a primeira, diante da grande diferença entre as propostas apresentadas pelas empresas.

O Ministério Público também ofereceu denúncia relativamente aos Procedimentos Licitatórios 8486402011, 8487402011, 8488402011 e 8489402011 da CPTM, a qual foi autuada sob o n. 0026496-28.2014.8.26.0050 e tramita junto à 28.ª Vara Criminal do Foro Central Criminal da Barra Funda.

Esses procedimentos licitatórios integravam o "Programa Boa Viagem" instaurado pela CPTM com o objetivo de implementar melhorias na rede ferroviária, mediante a execução de serviços voltadas à expansão da malha, manutenção de vias, melhorias nos sistemas fixos de vias e de alimentação, e à revitalização do material rodante.

Para a execução do programa, a CPTM dividiu os serviços em quatro licitações (objetos da ação penal), divididas em diversos lotes, abrangendo manutenção de 122 (cento e vinte e dois) Trens-Unidades Elétricos, com 328 (trezentos e vinte e oito) carros, distribuídos em 7 (sete) séries distintas. Essas quatro licitações foram processadas simultaneamente, nas mesmas sessões públicas, por idêntica Comissão de Licitação.

Integrantes das empresas Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda., Bombardier Transportation Brasil Ltda., Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda., Iesa Projetos, Equipamentos e Serviços S.A., MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda., MPE – Montagem e Projetos Especiais S.A., Temoinsa do Brasil Ltda., e Trans Sistemas de Transportes S.A., bem como integrantes da própria Siemens/AG e Siemens Ltda., celebraram acordo anti-competitivo com o objetivo de dividirem as vitórias nos lotes de procedimentos licitatórios instaurados para execução do projeto "Boa Viagem".

As empresas cartelizadas escolheram os lotes das licitações que pretendiam vencer, com base em critérios técnicos e valores dos projetos, e decidiram que não iriam concorrer entre elas. Estabeleceram também que as empresas maiores obteriam parcelas iguais do projeto, enquanto as menores seriam subcontratadas ou venceriam lotes residuais, de modo que todas as empresas fossem beneficiadas com parte dos objetos licitados.

Como os lotes foram previamente divididos, as empresas cartelizadas frustraram a concorrência entre elas e, ao final, não houve a necessidade de formarem consórcio ou realizar subcontratações para execução dos crimes, como fizeram em outros procedimentos licitatórios. Dentre as empresas participantes da licitação, não concorreu nenhuma que não estivesse integrando o cartel.

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 337-367. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Além de frustrar o caráter competitivo, os preços dos contratos foram aumentados abusivamente, impedindo a CPTM de obter propostas mais vantajosas.

Os resultados das licitações foram os seguintes: (a) No Procedimento Licitatório 8486402011, o lote A2 foi adjudicado em favor da Iesa – Projetos, Equipamentos e Montagens S.A. e os lotes A3 e A4 em favor da Alstom Brasil Ltda.; (b) No Procedimento Licitatório 8487402011, o lote B1 foi adjudicado em favor do Consórcio BT Brasil, constituído pelas empresas Bombardier Transportation Brasil Ltda. e Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda.; (c) No Procedimento Licitatório 8488402011, o lote C1foi adjudicado para a empresa Alstom Brasil Ltda., o lote C2 para a Alstom Brasil Ltda., o lote C3 para a Bombardier Transportation Brasil Ltda., o lote C4 para a Iesa – Projetos, Equipamentos e Montagens S.A. e o lote C5 para o Consórcio Novotrem.; (d) No Procedimento Licitatório 8489402011, o lote D1 foi adjudicado em favor do Consórcio T'Trans/MPE, constituído pelas empresas Trans Sistemas de Transportes S.A. e MPE – Montagens e Projetos Especiais S.A.

Com relação aos Procedimentos Licitatórios 8483901, 8145101 e 8362101 da CPTM, instaurados para Manutenção dos Trens das Séries 2000, 2100 e 3000, também houve oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, cuja ação penal tramita na 28.ª Vara Criminal de Barra Funda sob o n. 0026430-48.2014.8.26.0050.[4]

Segundo a acusação, participaram do acordo nesses procedimentos as empresas Siemens, Siemens/AG, Alstom, CAF, Daimler Chryler Rail Systems (Brasil) Ltda./Bombardier, Temoinsa, Mitsui, T'Trans e Tejofran, em face das quais (com exceção da Siemens e Siemens/AG) foi imputada a prática dos mesmos delitos já descritos anteriormente, tendo sido posteriomente aditada a denúncia para incluir outros quatro representantes da CAF.

A licitação destinada à manutenção dos Trens da Série 2000 teria sido vencida pelo Consórcio Cobraman, integrado pelas empresas Alstom, Bombardier e CAF, sendo que a manutenção dos Trens da Série 2100 foi adjudicada em favor do Consórcio Consmac, formado por Alstom e CAF, que, em seguida, teria subcontratado as empresas Bombardier, Tejofran e T'Trans. Por fim, a licitação

4. O juízo da 28.ª Vara Criminal do Foro Central de Barra Funda proferiu decisão em 31.03.2014 recebendo a denúncia tão somente em relação às imputações de prática dos delitos descritos no art. 4.°, II, *a*, *b* e *c*, da Lei 8.137/1990 e no art. 96, I e V, da Lei 8.666/1993. No tocante ao crime previsto no art. 90 da Lei de Licitações, julgou extinta a punibilidade pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Não há, até o momento, certificação de interposição de recurso em sentido estrito pelo Ministério Público.

destinada à manutenção dos Trens da Série 3000 foi vencida pela Siemens que, após, subcontratou a MPE/SA.

O modo de atuação em nada divergiu dos casos já descritos, valendo-se as empresas cartelizadas de consórcios fraudulentos, apresentação de propostas pró-forma e das técnicas de *bid-rigging*, *price-fixing* e *market-share*. Segundo consta na denúncia, o valor estimado de prejuízo ao Erário foi de R$ 10.125.880,80 (dez milhões cento e vinte e cinco mil oitocentos e oitenta reais e oitenta centavos), equivalente a US$ 3.965.024,98 (três milhões novecentos e sessenta e cinco mil e vinte e quatro dólares e noventa e oito centavos), tendo em vista a elevação arbitrária de preços realizados no contrato firmado.

A última denúncia foi oferecida relativamente ao Procedimento Licitatório 40015212/2005, que tinha por objeto o fornecimento e a implantação de sistemas para o trecho Ana Rosa – Ipiranga e Sistemas Complementares para o trecho Ana Rosa – Vila Madalena da Linha 2 – Verde do Metrô de São Paulo. Essa denúncia foi autuada sob o n. 0026497-13.2014.8.26.0050 e distribuída à 30.ª Vara Criminal do Foro Central Criminal de Barra Funda.[5]

Nesse caso, os fatos teriam ocorrido entre o período de janeiro de 2005 até agosto de 2013 e a forma de atuação foi a mesma descrita anteriormente, isto é, houve formação de consórcios e a apresentação de propostas pró-forma para possibilitar o superfaturamento do contrato e a subcontratação posterior.

Habilitaram-se para a licitação apenas dois Consórcios (compostos por empresas participantes do cartel): (a) Consórcio Linha Verde (integrado pelas empresas Alstom Brasil Ltda. e Siemens Ltda.); (b) Consórcio Linha Dois (formado pelas empresas Trans Sistemas de Transportes S.A., Bombardier Transportation Brasil Ltda. e Balfour Beatty Rail Power Systems (Brazil) Ltda.).

Com a apresentação das propostas, sagrou-se vencedor o Consórcio Linha Verde que, apesar de apresentar proposta com valor inferior ao do Consórcio Linha Dois, foi acima do valor previsto pela Comissão de Licitação.

---

5. Em sentença proferida em 07.04.2014, o juízo da 30.ª Vara Criminal de Barra Funda afastou o crime do art. 4.º, II, *a*, *b* e *c*, da Lei 8.137/1990 (cartel) e julgou extinta a punibilidade dos réus quanto ao crime previsto no art. 90, *caput*, da Lei 8.666/1993, rejeitando a denúncia. O Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, além de mandado de segurança perante o TJSP. A 4.ª Câm. Crim. do Tribunal de Justiça concedeu a segurança pleiteada e determinou o recebimento da denúncia. A defesa de um dos acusados apresentou exceção de litispendência, requerendo o reconhecimento da existência de litispendência com os Autos 0026496-28.2014.8.26.0050, em trâmite perante a 28.ª Vara Criminal. A exceção foi negada e houve interposição de recurso de apelação, o qual está pendente de julgamento.

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 337-367. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Em abril de 2005, o Consórcio Linha Verde e a Companhia do Metrô assinaram o contrato, pelo valor de R$ 143.622.513,04 (cento e quarenta e três milhões seiscentos e vinte e dois mil e quinhentos e treze reais e quatro centavos), pelo prazo de trinta e três meses, até 14.01.2008, valor este equivalente a US$ 55.301.110,09 (cinquenta e cinco milhões trezentos e um mil cento e dez dólares e nove centavos).

Contudo, após alguns termos aditivos, o contrato foi prorrogado até 30.12.2011 e passou a ter o valor de R$ 162.515.335,87 (cento e sessenta e dois milhões quinhentos e quinze mil trezentos e trinta e cinco reais e oitenta e sete centavos), equivalente a US$ 87.331.579,27 (oitenta e sete milhões trezentos e trinta e um mil quinhentos e setenta e nove dólares e vinte e sete centavos).

Conforme o acordo anticompetitivo firmado, durante a execução do contrato, o Consórcio Linha Verde subcontratou as empresas T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty.

A Siemens ainda teria relatado, mediante acordo de leniência, que haveria pagamento de propinas a diversos funcionários públicos e do governo para a manutenção do esquema.[6]

De acordo com reportagem publicada pela Revista Veja, a Siemens sozinha teria pago 24 (vinte e quatro) milhões de reais em subornos para representantes de agentes públicos brasileiros, incluindo diretores da CPTM, para que o cartel fosse mantido. Relata ainda que o cartel teria se formado no ano 2000, durante a gestão do Governador Mário Covas (de 1995 a 2001), e permanecido durante as administrações seguintes (de Geraldo Alckmin, durante os anos de 2001 a 2006), tendo o último contrato sido firmado na gestão de José Serra (de 2007 a 2010).[7] Há suspeitas que o esquema poderia estar funcionando desde 1997, com o pagamento de propinas pela empresa Alstom.[8]

6. Convém destacar que as investigações acerca da corrupção operada no esquema ainda estão em trâmite e são sigilosas, razão pela qual não se teve acesso a nenhuma fonte oficial no tocante ao tema para a confecção do presente artigo. As informações, portanto, foram obtidas através de notícias extraídas de meios eletrônicos de comunicação.

7. STRUCK, Jean Philip. Entenda as denúncias de cartel no Metrô de São Paulo. *Veja*, São Paulo, ago. 2013. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/entenda-as-denuncias-de-cartel-no-metro-de-sao-paulo]. Acesso em: 14.06.2014.

8. PINHO, Márcio. MP denuncia 30 executivos de 12 empresas por cartel no Metrô e CPTM. *G1*, São Paulo, mar. 2014. Disponível em: [http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/03/mp-denuncia-30-executivos-de-12-empresas-por-cartel-no-metro-e-cptm.html]. Acesso em: 14.06.2014.

O cartel teria, portanto, pago propinas a autoridades do governo de São Paulo, em diferentes administrações, por mais de dez anos.[9]

Ultrapassada a descrição das condutas praticadas, necessárias à compreensão da questão posta em análise neste trabalho, passa-se à análise da Lei Anticorrupção Empresarial.

3. A INSERÇÃO DA LEI FEDERAL 12.846/2013 NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A promulgação da Lei Anticorrupção está diretamente relacionada ao fato do Brasil ser signatário de três importantes convenções internacionais de combate à corrupção: (a) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção; (b) a Convenção Interamericana contra a Corrupção e; (c) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais,[10] a qual merece especial realce, em virtude da maior fiscalização relativa ao cumprimento de seus termos, sendo também conhecida por "Convenção da OCDE", incorporada ao direito brasileiro por meio do Dec. 3.678/2000.[11]

A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros estabelece a necessidade de controles internos, auditoria e requisitos de contabilidade adequados, bem como a criação de mecanismos para monitoramento e promoção da sua implementação, de modo que os países signatários são fiscalizados pelos demais, sendo elaborados relatórios periodicamente.[12]

O primeiro relatório sobre o Brasil foi elaborado em agosto de 2004 pelo Grupo de Trabalho sobre a Corrupção nas Transações Comerciais Internacionais, composto por países signatários da Convenção. Na oportunidade a legis-

9. GALLAS, Daniel. Escândalo da Siemens "ensinou empresários alemães a não pagar propina". BBB Brasil, Londres, ago. 2013. Notícias. Disponível em: [www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/08/130812_ siemens_escandalo_dg.shtml?print=1]. Acesso em: 14.06.2014.

10. Comitê Anticorrupção Empresarial. Apêndice: Comentários ao PL 6.826/2010. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord.). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 317-349.

11. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção Interamericana contra a Corrupção foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio através do Dec. 5.687/2006 e do Dec. 4.410/2002, respectivamente.

12. Comitê Anticorrupção Empresarial, 2013, p. 317-349.

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 337-367. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

lação brasileira foi analisada sob o aspecto de adequação normativa aos termos da Convenção, sendo emitida uma série de recomendações.

Em 2007 o país foi novamente avaliado para aferir os avanços promovidos, de forma concreta e efetiva, com relação às recomendações proferidas pelo Grupo de Trabalho na primeira avaliação. O aspecto que mereceu maior relevância foi a ausência de responsabilização objetiva da pessoa jurídica, sendo indicado ao governo brasileiro que adotasse medidas urgentes para implementar a responsabilidade direta das pessoas jurídicas pelo delito de suborno de funcionário público estrangeiro, bem como a implementação de sanções efetivas e proporcionais, inclusive pecuniárias e de confisco.[13]

Visando atender esses compromissos internacionais e, principalmente, a Convenção da OCDE, o Poder Executivo apresentou o Projeto de Lei 6.826/2010, formulado conjuntamente pela Controladoria Geral da União, Ministério da Justiça e Casa Civil. Após alterações significativas e alguns vetos, o projeto foi convertido na Lei ordinária 12.846/2013, que passou a vigorar em janeiro de 2014, e que tem como principal objetivo dispor acerca da responsabilização objetiva, no âmbito administrativo e civil, de pessoas jurídicas pela prática de atos que atentem contra a Administração Pública, conforme estabelece o seu art. 1.º.

De acordo com Santos,[14] a inclusão da responsabilização objetiva funda-se na premissa "de que, nas relações intersubjetivas públicas, há potencialidade de risco de cometimento de atos lesivos ao patrimônio público (jurídico e material), que devem ser suportados pelas entidades privadas independentemente de culpa".

Assim, estão sujeitas à aplicação da lei as pessoas jurídicas, sob qualquer forma constituídas, desde sociedades empresárias e simples, assim como fundações, associações de entidades ou pessoas e sociedades estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no Brasil, ainda que temporariamente (art. 1.º, § 1.º).

Nesse ponto, merece destaque a observação feita por Gonçalves[15] segundo o qual a responsabilização da pessoa jurídica é fundamental para evitar que o

13. Comitê Anticorrupção Empresarial, 2013, p. 317-349.

14. SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei Anticorrupção – Responsabilidade objetiva por atos lesivos contra a Administração Pública. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)* 240/118-123, Curitiba, fev. 2014.

15. GONÇALVES, Oksandro. Corrupção e direito comercial: A corrupção sob a perspectiva da análise econômica do direito. In: LAUFER, Daniel (coord.). *Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 87-102.

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 337-367. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

seu uso dificulte a apuração do fato, escondendo os efetivos corruptores. Ademais, deve-se ter em vista que a pessoa jurídica empresarial tem o condão de potencializar os efeitos da corrpução, razão pela qual não se pode permitir que ela não possa ser responsabilizada.

A lei disciplina ainda que os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados conforme a demonstração de sua culpabilidade (art. 3.°, § 2.°). A pessoa jurídica continua responsável mesmo após alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária (art. 4.°).

Mesmo as empresas sucessoras, nos casos de fusão ou incorporação, poderão receber punições por atos praticados anteriormente (art. 4.°, § 1.°), sendo-lhes aplicável somente as penas de multa e reparação integral do dano causado até o limite do patrimônio transferido (art. 4.°, § 2.°).

São previstos também os atos considerados lesivos à Administração Pública, inclusive as condutas relativas a licitações e contratos, bem como as penalidades civis e administrativas que podem ser aplicadas (art. 5.°). Tais pontos serão melhor abordados no próximo tópico, mas é importante destacar que a responsabilização no âmbito administrativo, não impede a aplicação de penalidades na esfera judicial, inclusive pela responsabilização por atos criminais, de improbidade administrativa e demais normas relativas aos processos licitatórios, sendo possível, ainda, a aplicação concomitante de penas pelo Cade, pelo Ministério da Fazenda e pelo Ministério da Justiça.[16]

Outro aspecto importante diz respeito à previsão do acordo de leniência entre o ente público e a empresa responsável, sendo estabelecidos os requisitos para a celebração do acordo – como, por exemplo, a identificação dos envolvidos e a obtenção célere de comprovações da prática do ilícito – e quais os seus efeitos e consequências (art. 16).

Apesar da efetivação do acordo, a empresa leniente não se exime da reparação integral do dano e da responsabilização judicial, sendo excluídas apenas as sanções de publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6.°, II) e de proibição de recebimento de subsídios, doações ou empréstimos de entes públicos (art. 19, IV). A multa também é reduzida em até 2/3 do valor aplicável e é cabível a celebração do acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pelo cometimento dos ilícitos previstos na Lei 8.666/1993.

16. NEVES, Ricardo. Lei Anticorrupção – Responsabilização objetiva de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)* 242/334-337, Curitiba, abr. 2014.

É perceptível que a lei tem como objetivo fundamental aumentar as punições às pessoas jurídicas envolvidas em casos de corrupção e fraudes contra a Administração Pública. No entanto, mais do que sancionar, a lei tem por finalidade também incentivar a implementação pelas empresas de mecanismos para evitar a prática de atos ilícitos para que possa, efetivamente, insculpir na mentalidade corporativa a necessidade de cumprimento aos princípios éticos e de moralidade administrativa que regem o mercado competitivo.

Esses mecanimos internos para evitar a prática de fraudes são os denominados programas de *compliance*. Segundo o Comitê Anticorrupção e *Compliance*,[17] estes programas consistem em "controles corporativos internos criados a fim de garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares relacionadas às atividades empresariais, bem como evitar, detectar e tratar desvios ou inconformidades que possam ocorrer". Tanto é assim que a Lei Anticorrupção trata como atenuante o fato de existir norma interna de *compliance* (art. 7.º).

Neves[18] afirma que a responsabilização objetiva impõe às empresas a promoção de medidas internas para prevenir a ocorrência de desvios e para preparar os representantes das organizações para a relação com as autoridades públicas. Sendo desnecessária a comprovação da culpa, os presidentes das empresas adotarão medidas para evitar que algum de seus diretores, representantes ou funcionários pratique qualquer um dos atos ilícitos descritos.

A adoção de programas de *compliance* possibilita diferenciar empresas de má-fé ou negligentes no combate à corrupção daquelas empresas realmente sérias e comprometidas a evitar que seus funcionários cometam qualquer tipo de ato que fira interesses da Administração Pública. Nesse aspecto, é importante ressaltar que em março de 2015 foi publicado o Dec.-lei 8.420/2015 que estabeleceu parâmetros para o estabelecimento de programas de integridade por parte das empresas.

Além disso, o decreto-lei regulamentou os critérios para aplicação das penalidades previstas na lei, bem como fixou as condições para a celebração do acordo de leniência.

No entanto, mesmo regulamentada, a lei confere ampla discricionariedade à autoridade administrativa e ao julgador no que concerne à aplicação

17. Comitê Anticorrupção Empresarial, 2013, p. 317-349.

18. NEVES, 2014, p. 334-337.

das penalidades. Gabardo[19] apresenta a lei como uma "superlei" perigosa e de difícil explicação.

Outro ponto controvertido diz respeito ao fato de que a matéria abordada na lei é fundamentalmente de direito penal, mas será aplicada por juízos civis, o que pode enfraquecer a aplicação de garantias inerentes ao processo e à execução penal. Para Albino[20] essa é uma questão preocupante, pois apesar da lei prever uma punição administrativa, possui "cara, cheiro e forma" de lei penal, mas sem estabelecer as garantias constitucionais singulares e inerentes ao processo penal, estabelecendo, ainda, a responsabilização objetiva dos agentes.

4. A APLICAÇÃO EM TESE DA LEI ANTICORRUPÇÃO AO CASO DO METRÔ DE SÃO PAULO

Neste tópico será realizado um estudo a partir da aplicação em tese da nova legislação ao caso dos mêtros de São Paulo. Embora não seja possível a aplicação retroativa da norma penal, o objetivo do artigo é demonstrar o impacto da nova legislação em um caso semelhante ao escolhido.

Ao se analisarem as condutas descritas nas denúncias oferecidas pelo Ministério Público de São Paulo depreende-se que, se a lei pudesse ser aplicada aos casos, aquelas poderiam configurar-se ilícitos na nova Lei Anticorrupção.

Desse modo, ao analisar as condutas praticadas nas licitações apresentadas é de se concluir que as empresas e seus representantes incidiram, em tese, nas hipóteses dos incs. I e V, em suas alíneas *a*, *b*, *d*, *f*, *g* do art. 5.º da Lei, consistentes em prometer, oferecer ou dar vantagem indevida a funcionário público (art. 5.º, I); frustrar ou fraudar o caráter competitivo de procedimento licitatório (art. 5.º, IV, *a*); fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público (art. 5.º, IV, *b*); fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente (art. 5.º, IV, *d*); obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública (art. 5.º, IV, *f*) e, por fim, manipular ou fraudar

19. GABARDO, Emerson. Nova lei anticorrupção empresarial: avanços e perigos de uma superlei. *Gazeta do Povo*, Curitiba, fev. 2014. Direito e Justiça. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/ justica-direito/artigos/conteudo.phtml?id=1448675]. Acesso em: 28.07.2014.

20. ALBINO, Emerson. Há chances de a Lei Anticorrupção "pegar"? *Gazeta do Povo*, Curitiba, maio 2014. Direito e Justiça. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo. phtml?id=1468879&tit=Ha-chances-de-a-Lei-Anticorrupcao-pegar]. Acesso em: 28.07.2014.

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 337-367. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração Pública (art. 5.°, IV, *g*).

Com isso, as pessoas jurídicas estão, na seara administrativa, sujeitas às penalidades descritas no art. 6.°, que correspondem à aplicação de multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos (art. 6.°, I) e a publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6.°, II), sem prejuízo da multa que pode variar de R$ 6.000,00 (seis mil reais) a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), conforme previsão do § 4.° do artigo supracitado.

Outrossim, o § 3.° estabelece que, independentemente da aplicação dessas sanções, permanece a obrigação de reparar integralmente o dano que, nos casos em análise, corresponde ao *quantum* pago a maior pelo Estado, em decorrência do superfaturamento dos contratos licitatórios.

Convém destacar que o art. 20 prevê a possibilidade de aplicação judicial destas penalidades quando houver omissão da autoridade administrativa competente para apurar e punir os fatos ilícitos. Em outros termos, a ausência de efetividade do processo administrativo não impede a condenação no âmbito judicial, desvinculando-se o magistrado do resultado ou da própria existência de processo administrativo prévio.

Por sua vez, o art. 19 estabelece quais as penalidades a serem aplicadas na esfera judicial, sendo elas, o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito obtidos da infração (art. 19, I); a suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa (art. 19, II); a dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 19, III) e; a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos (art. 19, IV).

Para a aplicação das penalidades devem ser considerados os seguintes itens previstos no art. 7.°: I – a gravidade da infração; II – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III – a consumação ou não da infração; IV – o grau de lesão ou perigo de lesão; V – o efeito negativo produzido pela infração; VI – a situação econômica do infrator; VII – a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; IX – o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou a entidade pública lesada.

Forigo, Camila Rodrigues; Gonçalves, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 337-367. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Tecidos esses esclarecimentos com relação à lei, passa-se à análise detalhada de cada uma das penalidades e de que forma poderiam ser aplicadas às empresas envolvidas no caso do Metrô de São Paulo.

Segundo os cálculos do Promotor de Justiça que ofereceu as denúncias, a soma do valor dos contratos firmados gira em torno de R$ 2.700.000.000,00 (dois bilhões e setecentos milhões de reais) – o que, à época do oferecimento da denúncia, representava a quantia U$S U$$ 1.163.041.137,19 (um bilhão, cento e sessenta e três milhões, quarenta e um mil, cento e trinta e sete dólares e dezenove centavos) e, considerando que a intenção do cartel era de superfaturar os contratos em 30% (trinta por cento), a estimativa é de que valor auferido pelas empresas em detrimento da Fazenda Pública seja de aproximadamente R$ 835.000.000,00 (oitocentos e trinta e cinco milhões de reais),[21] equivalente a U$S 359.691.240,57 (trezentos e cinquenta e nove milhões, seiscentos e noventa e um mil, duzentos e quarenta dólares e cinquenta e sete centavos) montante este passível de devolução à luz da nova legislação anticorrupção.

Com isso, podem ser avaliados os cinco primeiros incisos e o último do art. 7.º como negativos em detrimento das empresas participantes do cartel, devendo ser considerado também o alto poder econômico das infratoras. Os incs. VI e VII não podem ser avaliados neste artigo por ausência de detalhes quanto a essas informações.

O ressarcimento integral do dano é o modo encontrado para recompor o patrimônio público lesado[22] e tem o mesmo fundamento da determinação do ressarcimento nos casos de improbidade administrativa, encontrando sua origem tanto no art. 927 do CC – que determina a reparação do dano quando causado mediante ato ilícito – quanto no art. 5.º da Lei 8.429/1992 – que determina o ressarcimento integral do dano quando o agente ou terceiro, mediante ação dolosa ou culposa, causar lesão ao patrimônio público. Além disso, a própria Constituição Federal, em seu art. 37, § 6.º, estabelece que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros.

A finalidade da imposição do ressarcimento é a recomposição da situação em que a Administração Pública estaria se não tivesse ocorrido a prática do ato lesivo, isto é, a reposição do *status quo ante* e visa, também, evitar o enriquecimento ilícito por parte da empresa.

21. PINHO, 2014.

22. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 690.

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 337-367. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Sobre esse aspecto, Fazzio[23] esclarece que a reparação do dano é reverberação de dois princípios gerais de responsabilidade civil, quais sejam: o dever de reparar por parte de quem danifica e a impossibilidade de alguém se locupletar à custa de outrem. Nesse sentido, estabelece que a restituição patrimonial busca satisfazer a *res publica,* pois haveria um patrimônio econômico de todos que não pode ser pilhado e é uma resposta da sociedade de que o dinheiro indevidamente apropriado ou desviado não vai se incorporar ao patrimônio daquele que comete ato ilícito.[24]

O autor ainda menciona que o ressarcimento do prejuízo ao Erário não pode ser considerado propriamente uma sanção, mas uma mera consequência imediata e necessária do ato lesivo e não pode ser excluído.[25] Com efeito, não se trata de sanção, mas da recomposição do patrimônio público lesado pelas empresas no processo licitatório. De outro lado, se do ato ilícito não decorreu prejuízo ao Erário, não é possível o ressarcimento, mas apenas perda de bens ou valores,[26] como se verá adiante.

A penalidade financeira, em verdade, é a aplicação da multa disciplinar que guarda grande semelhança com a pena de multa criminal e, nesse sentido, tem por objetivo causar a diminuição ou privação do patrimônio[27] da pessoa jurídica delinquente e representa também uma medida de disciplina para manter a ordem hierárquica do Estado, bem como sua eficiência e sua organização.[28]

No entanto, a crítica feita à previsão legal é a enorme distância entre os valores estabelecidos, isto é, de 0,1% a 20% do faturamento bruto anual da empresa, ou de seis mil reais a sessenta milhões de reais e o fato de que essa imposição confere ampla discricionariedade à autoridade julgadora, o que pode levar a potenciais abusos por parte das autoridades competentes. Apesar do Dec.-lei 8.420/2015 fixar parâmetros para a aplicação da multa em seus arts. 17 e 18, a margem de discricionariedade ainda é grande, e pode ensejar em penalidades extremamente altas.

23. FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: Doutrina, legislação e jurisprudência.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 500.

24. FAZZIO, 2014, p. 501.

25. FAZZIO, 2014, p. 503.

26. SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática.* Leme: Mizuno, 2011. p. 749.

27. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral – Arts. 1.º a 120.* 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. vol. 1, p. 573.

28. PRADO, 2010, p. 574.

A título exemplificativo, veja-se que a Siemens, no ano de 2012,[29] teve um faturamento líquido no Brasil aproximado de R$ 4.796.000.000,00 (quatro bilhões, setecentos e noventa e seis milhões de reais).[30] Desse modo, a multa aplicada à empresa pode variar entre R$ 4.796.000,00 (quatro milhões, setecentos e noventa e seis mil reais) e R$ 959.200.000,00 (novecentos e cinquenta e nove milhões e duzentos mil reais). Com esses números, é possível visualizar a distância entre esses valores e como a grande discricionariedade conferida ao aplicador da lei pode ensejar uma cobrança de valores significativos, para não dizer estratosféricos. Importante ressaltar que no caso da Siemens, esse valor poderia ser reduzido em até 2/3 (dois terços) em decorrência do acordo de leniência firmado (art. 16, § 2.º).

A Lei 9.605/1998 (conhecida vulgarmente por lei ambiental), em seu art. 21, I, também estabelece a pena de multa como uma das penalidades aplicáveis às pessoas jurídicas infratoras. Todavia, o art. 18 da Lei mencionada estabelece que o valor será calculado segundo os critérios do Código Penal, portanto, será fixada entre 10 e 360 dias-multa, atribuindo-se a cada um deles o valor de 1/30 a 5 vezes o salário-mínimo vigente na data do fato. O art. 18 prevê ainda a possibilidade de triplicar o valor da multa se revelar-se insuficiente, mesmo que aplicada ao máximo, considerando-se a vantagem econômica auferida.[31]

Assim, considerando que o salário-mínimo brasileiro vigente é de R$ 788,00 (setecentos e oitenta e oito reais),[32] a pena de multa, de acordo com a Lei 9.605/1998, quando aplicada em seu valor mínimo, corresponderá a R$ 262,66 (duzentos e sessenta e dois reais e sessenta e seis centavos), isto é, dez dias-multas, cada um equivalente à 1/30 do salário-mínimo. Porém, sendo aplicada no teto máximo, isto é, 360 dias-multa, cada um equivalente a 5 vezes o salário-mínimo, a pena de multa alcançará a cifra de R$ 1.418.400,00 (um milhão, quatrocentos e dezoito mil e quatrocentos reais). Além disso, aplicando-se o art. 18 do CP, a multa alcançará o valor de R$ 4.255.200,00 (quatro milhões, duzentos e cinquenta e cinco mil, e duzentos reais).

29. Toma-se como base o ano de 2012 considerando-se que o acordo de leniência foi firmado no ano de 2013, instaurando-se o processo administrativo.

30. Siemens. Siemens no Brasil em 2013, Brasil, p. 5, mar. 2013. Disponível em: [http://w3.siemens.com.br/home/br/pt/cc/sobre-a-siemens/Documents/Apresentacao-SiemensnoBrasil 2013%28 portugues%29.pdf]. Acesso em: 17.09.2014.

31. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Crimes ambientais: Comentário à Lei 9.605/1998 (arts. 1.º a 69-A e 77 a 82)*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 85.

32. Valor do salário-mínimo vigente em janeiro de 2015.

Contudo, mesmo esse critério contido na lei ambiental parece ser insuficiente. De acordo com Shecaira, os critérios não são claros para a fixação contra as pessoas jurídicas, já que não se adotou um critério específico para as empresas. A legislação ambiental transplantou o sistema de dias-multa do Código Penal, mas manteve os mesmos critérios para pessoa física e jurídica. Sugere o autor, desse modo, que a legislação deveria fixar uma unidade específica relacionada à empresa como, por exemplo, um dia de faturamento da empresa.[33]

Sem dúvida, essa multa deve ser apta a causar um impacto significativo sobre a, empresa para funcionar como um mecanismo efetivo de repressão de futuras condutas, razão pela qual devem ser avaliadas as condições e a situação financeira da pessoa jurídica, de modo a não ser aplicado um valor irrisório e, tampouco deve ser fixado um valor que cause onerosidade excessiva e impeça a continuidade das atividades empresariais. Por essas razões é que Prado[34] estabelece que a sanção disciplinar deva ser também justa, adequada à gravidade da infração e necessária.

Para Gabardo,[35] "o nível de liberdade que a lei deixou para a fixação do quantum pode tornar-se mais um foco de corrupção do que de controle", de modo a se concluir que a discricionariedade existente para o aplicador da lei é enorme e perigosa.

Outra penalidade administrativa é a publicação extraordinária da decisão condenatória, cujas condições estão descritas no § 5.º do art. 6.º. A publicação ocorrerá em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração ou da atuação da pessoa jurídica ou em publicação de circulação nacional, sendo que as despesas com a publicação serão pagas pela própria pessoa jurídica infratora. Será também afixada em edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no estabelecimento da empresa ou no local de exercício da atividade e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

Essa penalidade causa um grande impacto para as empresas no mercado competitivo, uma vez que o fato de estar envolvida em atos de corrupção será publicamente divulgado no meio empresarial prejudicando sua imagem e aba-

33. SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais. *Boletim do IBCCrim*, n. 65, São Paulo, abr. 1998. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2335-A-responsabilidade-das-pessoas-jur%C3%ADdicas--e-os-delitos-ambientais]. Acesso em: 18.09.2014.

34. PRADO, 2010, p. 574.

35. GABARDO, 2014.

lando sua reputação, tanto perante os seus investidores, quanto diante de seus consumidores.

Nesse aspecto, cumpre ressaltar que a reputação é considerada com um dos recursos intangíveis das empresas que propiciam vantagens competitivas frente ao mercado de trabalho.[36] Assim, uma boa reputação acrescenta valor psicológico aos produtos e serviços e diminui os riscos imaginados pelo cliente.[37]

A reputação, segundo Brito, é uma fonte potencial de vantagem competitiva, pois cria uma reserva de vantagem competitiva para a empresa no mercado,[38] além de acrescentar valor de mercado à empresa. Sob esse aspecto, o resultado de um estudo realizado pela Universidade de Oxford em outubro de 2002, verificou que cerca de 40% do valor de mercado da empresa corresponde à sua reputação.[39]

Porém, escândalos financeiros, assim como os ambientais e sociais incidem de forma direta na imagem das companhias afetadas,[40] podendo, por exemplo, diminuir seu valor no mercado de ações e prejudicar o recebimento de investimentos.

Para exemplificar como escândalos dessa modalidade prejudicam a reputação da empresa, pode ser citado o caso da Petrobrás, envolvida na "operação lava-jato", realizada pela Polícia Federal do Paraná. De acordo com Sfredo, em janeiro de 2015 a empresa – após o arranhão na sua imagem e credibilidade, aliado ainda à falta de transparência na prestação de contas, a projeção de perdas acima do que o mercado esperava e o desempenho operacional abaixo do previsto – chegou a ter uma queda de quase R$ 14 bilhões de reais em valor de

36. BRITO, Eliane Reputação e desempenho: uma análise empírica no setor bancário. *Revista Economia e Gestão*, vol. 5, n. 11, p. 117-142, Belo Horizonte, dez. 2005. Disponível em: [http://periodicos.pucminas.br/index.php/economiaegestao/article/view/43/37]. Acesso em: 03.02.2015.

37. BRITO, 2005, p. 117-142.

38. BRITO, 2005, p. 117-142.

39. TARAGAN, Rogéria. Estudos tentam avaliar peso da reputação. O *Estado de São Paulo*, São Paulo, 15.07.2003. Disponível em: [www.ibape- sp.com.br/arquivos/estudos_reputacao.html]. Acesso em: 02.02.2015.

40. CID, Margarita Barañano. Contexto, concepto y dilemas de la responsabilidade social de las empresas transnacionales europeas: uma aproximación sociológica. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 27, n. 1, p. 19-52, Madrid, 2009. Disponível em: [http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/ CRLA0909120019A]. Acesso em: 02.02.2015.

mercado, o que representa a quinta maior queda em um único dia nos últimos quinze anos.[41]

Assim, após analisar todas as penalidades administrativas aplicáveis ao caso (inclusive a problemática que decorre de sua aplicação), observa-se que, aliadas ao dever de reparação de dano, podem ser perfeitamente aplicáveis às pessoas jurídicas aliadas ao cartel, considerando as peculiaridades do caso. Convém analisar se todas as sanções judiciais previstas também podem ser aplicadas.

No tocante à perda de bens, direitos ou valores adquiridos com os proventos da infração é acertado afirmar que se trata de uma medida de justiça, pois não seria correto que a empresa continuasse com os lucros obtidos – direta ou indiretamente – com a infração e tem como objetivo evitar o enriquecimento ilícito. É interessante notar que a repercussão econômica nestes casos é muito difícil de ser verificada em sua total amplitude. Explica-se: como há um aumento do lucro de forma artificial, pois fruto do superfaturamento das obras licitadas, o valor auferido se incorpora ao resultado econômico da empresa envolvida, causando um efeito replicador nos resultados futuros, pois com mais dinheiro a empresa pode fazer mais investimentos ou distribuir mais dividendos aos seus acionistas. Se reinvestir o valor auferido ilicitamente, esse valor poderá um novo lucro e assim sucessivamente, fazendo com que o dinheiro ilicitamente obtido acabe por contaminar os resultados da companhia nos anos futuros também.

Semelhante penalidade está prevista no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992). Desse modo, é conveniente analisar o que Simão estabelece acerca dessa penalidade ao analisar a lei de improbidade. Segundo o autor, "a perda dos bens ou valores é sanção exclusiva do enriquecimento ilícito, pois pressupõe uma ilicitude no acréscimo patrimonial. Só se perde o que foi efetivamente detectado como enriquecimento ilícito".[42]

Desse modo, distingue a perda de bens e valores do ressarcimento. Ao passo que aquele consiste em evitar o acréscimo patrimonial e procura punir o agente com a redução do seu patrimônio (com caráter nitidamente punitivo),[43] esse tem por objetivo repor o prejuízo causado ao Erário.[44]

41. SFREDO, Marta. Ações da Petrobrás têm quinta maior queda dos últimos 15 anos. *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, 28.01.2015, Opinião. Disponível em: [http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/economia/noticia/2015/01/marta-sfredo-acoes-da-petrobras-tem-quinta-maior-queda-dos-ultimos-15-anos-4689924.html]. Acesso em: 03.02.2015.

42. SIMÃO, 2011, p. 746.

43. SIMÃO, 2011, p. 748.

44. SIMÃO, 2011, p. 746.

A pena de perdimento se trata, na realidade, de uma espécie de confisco, sendo imprescindível, para que ocorra o perdimento, "a demonstração cabal de que o bem ou valor confiscado realmente é produto do crime, ou corresponde ao proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Não pode ter fundamento em simples presunção".[45]

Não se consegue visualizar o modo pelo qual se poderiam calcular quais os bens ou valores teriam sido obtidos com a formação do cartel para fraudar as licitações analisadas. Diante da dificuldade, e quiçá impossibilidade dessa apuração, torna-se difícil promover a aplicação da pena de perdimento ao caso.

Tanto a multa quanto a pena de perdimento serão destinadas preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas, nos termos do art. 24. Todavia, a lei não estabelece como se procederá a escolha do órgão que receberá os valores e, no caso de serem várias as entidades lesadas, qual órgão terá preferência sobre as demais. Não estabelece também qual será o destino dos valores se o órgão ou a entidade lesada estiverem extintos no momento da execução. Essa é mais uma das lacunas apresentadas pela lei que deve ser sanada. Poderia, por exemplo, ser criado um "Fundo Nacional" ou "Estadual" para medidas públicas de combate à corrupção.

Além da pena de perdimento, é possível também que o juiz determine a suspensão ou a interdição parcial das atividades da empresa.

Tal penalidade se assemelha a outra pena prevista na lei ambiental, em seu art. 22, I. No tocante a esse dispositivo, convém mencionar que Gomes e Maciel[46] estabelecem que essa penalidade apenas poderá ser imposta quando a empresa estiver reiteradamente descumprindo a legislação ambiental, não sendo possível aplica-la quando a pessoa jurídica cumpre a legislação, mas, ocasionalmente, é condenada por um crime ambiental.

Essa observação dos autores é perfeitamente aplicável à penalidade para as empresas que cometem as condutas previstas como ilícitas na Lei Anticorrupção, sendo possível apenas a suspensão quando a empresa estiver reiteradamente envolvida em casos de corrupção.

Contudo, a definição de reiteração deveria ter sido melhor delimitada no Dec.-lei 8.420/2015, pois não fixou os critérios que definem a reiteração. Apenas o envolvimento em dois casos de corrupção já seria apto a caracterizar a reiteração? Ou seria necessário o envolvimento em mais casos, consideran-

45. MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 313.

46. GOMES; MACIEL, 2011, p. 86.

do-se o tamanho da empresa e a quantidade de contratos celebrados com a Administração Pública? Nos casos analisados, é possível, diante da ausência de critérios legais, que a autoridade julgadora considere que houve reiteração pelas empresas e determine a suspensão ou interdição parcial das atividades.

Outro ponto que merece destaque e é igualmente merecedor de crítica, é a ausência de limite para a fixação dessa penalidade que pode vir a ser aplicada de forma excessiva e além do limite necessário. Lopes Junior[47] destaca, ao analisar a medida cautelar de suspensão das atividades prevista no art. 319, VI, do CPP, que a inexistência da delimitação do prazo de duração da suspensão das atividades possui o risco de ocasionar a morte econômica de pessoas e empresas.

Gomes e Maciel[48] sugerem que a fixação ocorra dentro dos parâmetros da pena privativa de liberdade cominada para a infração, considerando ainda a necessária individualização da pena.

A pena mais grave prevista pela lei é a dissolução compulsória da pessoa jurídica. Pode ser aplicada quando restarem comprovados um dos dois (ou os dois) requisitos contidos no § 1.º do art. 19 da Lei, quais sejam: a utilização da personalidade jurídica de forma habitual para a facilitação ou promoção da prática de atos ilícitos ou a sua constituição para a ocultação ou a dissimulação de interesses ilícitos ou a identidades dos beneficiários dos atos praticados.

No direito societário, conforme Coelho,[49] a dissolução da sociedade consiste na terminação da personalidade jurídica da sociedade empresária que deixa de titularizar direitos e de ser devedora de prestações.

Essa penalidade é extremamente gravosa e deve ser muito bem sopesada pelo juiz que deverá analisar, inclusive, as consequências de tal decisão. A dissolução pode causar danos irreversíveis à sociedade, pois causaria desemprego de muitas pessoas, e prejudicaria também os fornecedores e os credores.[50]

Sob esse prisma, Prado caracteriza essa sanção como uma "verdadeira pena de morte da empresa",[51] que não afeta apenas os autores do crime. Por esse mo-

47. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. vol. II, p. 145.

48. GOMES; MACIEL, 2011, p. 86.

49. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 434.

50. SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 101.

51. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 2.ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 150.

tivo é que alguns autores, como Ferreira Neto,[52] consideram que a dissolução é um antigo mecanismo de coibição de ilícito que não se compatibiliza mais com as novas tendências do direito comercial.

Costa Junior e Costa[53] mencionam que a liquidação forçada da empresa, conforme disposto na lei ambiental, se apresenta como uma espécie de "morte civil" da pessoa jurídica, razão pela qual a lei deveria ter ofertado critérios objetivos e precisos a fim de que o aplicador pudesse se orientar com segurança.

O cerne da questão é que também na aplicação dessa penalidade a lei propicia uma grande margem para atuação da autoridade julgadora. Aqui parecem ser aplicáveis os mesmos questionamentos formulados quando da análise da suspensão das atividades.

Analisando as condutas praticadas pelas empresas envolvidas no cartel, o juiz – em uma análise rigorosa – pode considerar que as empresas eram habitualmente utilizadas para a prática de crimes e determinar, assim, a dissolução das empresas.

Por essas razões é que se considera que o Dec.-lei 8.420/2015 ainda deixou muitos aspectos em branco, não estabelecendo alguns requisitos que seriam necessários para a aplicação dessa sanção, pois a forma como a penalidade está disposta propicia uma ampla margem de discricionariedade ao julgador.

A última penalidade judicial imposta é a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo entre um a cinco anos. Proibição semelhante encontra-se no art. 12, e incisos, da Lei de Improbidade Administrativa e no art. 22, III, da Lei Ambiental.

A lógica do legislador é a de que, se a empresa fraudou a Administração Pública, não é merecedora de seu auxílio financeiro.

Essa penalidade possui caráter punitivo e, conforme Simão,[54] se trata de uma sanção de interdição temporária de direitos, pois proíbe-se a pessoa jurídica de realizar determinada modalidade de negócio jurídico com o Poder Público.

---

52. FERREIRA NETO, Weser Francisco. *Fraudes empresariais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 85.

53. MILARÉ, Édis; COSTA JUNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernandes José da. *Direito penal ambiental*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 76.

54. SIMÃO, 2011, p. 822.

Ainda, a empresa punida será inscrita em um Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), conforme o art. 22 da Lei. Segundo Gabardo,[55] essa inscrição equivale a um "cadastro de empresas ficha-suja".

Esse cadastro é uma inovação da lei. A inscrição exige decisão transitada em julgado, já que se trata de um dos efeitos da condenação. Cumpre asseverar que nem a lei e nem o decreto-lei previram o prazo máximo de permanência da inscrição neste cadastro, o que é uma falha já que tal penalidade não pode ter caráter eterno.

Diante das colocações realizadas, é perceptível a ausência de critérios e parâmetros para a fixação das penalidades previstas na Lei Anticorrupção, o que dificulta a sua aplicação e propicia à autoridade que aplique todas as sanções ali previstas no limite máximo previsto ou até em caráter perpétuo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Anticorrupção foi promulgada no país com o objetivo de alinhar o Brasil à política internacional geral de combate à corrupção, o que justificaria o rigor das penalidades nela previstas.

Contudo, apesar de a lei representar um grande avanço no combate à corrupção, tem muitos pontos duvidosos que podem acabar por impossibilitar a aplicação no caso concreto, como se pode observar, por exemplo, no caso da pena de perdimento de bens e para a caracterização da reincidência. Tais pontos questionáveis não foram sanados com a publicação do Dec.-lei 8.420/2015.

A análise da aplicação em tese da lei às empresas envolvidas nas fraudes relacionadas ao Metrô de São Paulo possibilitou que se visualizasse as principais dificuldades para a sua aplicação, assim como algumas das suas principais falhas.

Considerando esse atual cenário, constatou-se que a aplicação das penalidades às empresas seria completamente inconstitucional, pois violaria os critérios da razoabilidade, da proporcionalidade e da necessidade, bem como da pessoalidade da pena.

Apesar da expedição do decreto-lei regulamentador, muitos critérios não foram fixados, permitindo a atuação discricionária do aplicador da lei e que pode ensejar na exclusão de muitas empresas do mercado competitivo.

Nesse sentido deveriam ter sido melhor delimitados os critérios para a mensuração do cálculo das penalidades a serem aplicadas, bem como estabelecidos prazos

55. GABARDO, 2014.

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 337-367. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

mínimos e máximos para a aplicação de determinadas sanções como a da inscrição em cadastros de empresas punidas e da interdição ou suspensão parcial das atividades, para que não se configure a perpetuidade da sanção, o que não ocorreu.

Tal como se encontra hoje, a aplicação da lei pode causar graves consequências não só à empresa, mas também à sociedade e ao mercado em geral, com a aplicação de medidas desproporcionais e excessivas.

Não se pode deixar de mencionar que, sendo a corrupção responsável pela produção de diversas externalidades, como, por exemplo, resultados econômicos ineficientes ou indesejáveis socialmente,[56] a aplicação da lei tem por objetivo corrigir essas externalidades. Desse modo, não é admissível que as externalidades decorrentes das sanções sejam tão (ou mais) gravosas do que a corrupção em si.

A corrupção é um problema social existente no país e precisa ser combatido, mas por meio de leis adequadas a essa finalidade.

REFERÊNCIAS

ALBINO, Emerson. Há chances de a Lei Anticorrupção "pegar"? *Gazeta do Povo*, Curitiba, maio 2014. Direito e Justiça. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo.phtml?id=1468879&tit=Ha-chances-de-a-Lei-Anticorrupcao-pegar]. Acesso em: 28.07.2014.

BRASIL. Dec. 8.420, de 18.03.2015. Regulamenta a Lei 12.846, de 01.08.2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. *DOU*, Brasília/DF, 19.03.2015.

_____. Lei 8.429, de 02.06.1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *DOU*, Brasília/DF, 03.06.1992.

_____. Lei 9.605, de 12.02.1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *DOU*, Brasília/DF, 13.02.1998.

_____. Lei 12.846, de 01.08.2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *DOU*, Brasília/DF, 02.08.2013.

56. GONÇALVES, 2013, p. 87-102.

BRITO, Eliane. Reputação e desempenho: uma análise empírica no setor bancário. *Revista Economia e Gestão* vol. 5, n. 11, p. 117-142, Belo Horizonte, dez. 2005. Disponível em: [http://periodicos.pucminas.br/index.php/economiaegestao/article/ view/43/37]. Acesso em: 03.02.2015.

CID, Margarita Barañano. Contexto, concepto y dilemas de la responsabilidade social de las empresas transnacionales europeas: uma aproximación sociológica. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 27, n. 1, p. 19-52, Madrid, 2009. Disponível em: [http://revistas.ucm.es/index.php/crla/article/view/crla0909120019a]. Acesso em: 02.02.2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COMITÊ ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL. Apêndice: Comentários ao PL 6.826/2010. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 317-349.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ENTENDA o caso do suposto cartel em licitações do Metrô em São Paulo e no Distrito Federal. *G1*, São Paulo, ago. 2014. Disponível em: [http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/08/entenda-o-caso-do-suposto-cartel-em-licitacoes-do-metro-em-sp-e-no-df.html]. Acesso em: 14.06.2014.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: Doutrina, legislação e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA NETO, Weser Francisco. *Fraudes empresariais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GABARDO, Emerson. Nova Lei Anticorrupção Empresarial: avanços e perigos de uma superlei. *Gazeta do Povo*, Curitiba, fev. 2014. Direito e Justiça. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justicadireito/artigos/conteudo.phtml?id=1448675]. Acesso em: 28.07.2014.

GALLAS, Daniel. Escândalo da Siemens "ensinou empresários alemães a não pagar propina". BBB Brasil, Londres, ago. 2013. Notícias. Disponível em: [www.bbc.co.uk/ portuguese/noticias/2013/08/130812_siemens_escandalo_dg.shtml?print=1]. Acesso em: 14.06.2014.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Crimes ambientais: Comentário à Lei 9.605/1998 (arts. 1.º a 69-A e 77 a 82)*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

GONÇALVES, Oksandro. Corrupção e direito comercial: A corrupção sob a perspectiva da análise econômica do direito. In LAUFER, Daniel (coord.). *Corrupção: Uma perspectiva entre as diversas áreas do direito*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 87-102.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. vol. II.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MILARÉ, Édis; COSTA JUNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernandes José da. *Direito penal ambiental*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

NEVES, Ricardo. Lei anticorrupção – Responsabilização objetiva de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)* 242/334-337, Curitiba, abr. 2014.

PINHO, Márcio. MP denuncia 30 executivos de 12 empresas por cartel no Metrô e CPTM. *G1*, São Paulo, mar. 2014. Disponível em: [http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/03/mp-denuncia-30-executivos-de-12-empresas-por-cartel-no-metro-e-cptm.html]. Acesso em: 14.06.2014.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral – arts. 1.º a 120*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. vol. 1.

_____. *Direito penal do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei Anticorrupção – Responsabilidade objetiva por atos lesivos contra a Administração Pública. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)* 240/118-123, Curitiba, fev. 2014.

SFREDO, Marta. Ações da Petrobrás têm quinta maior queda dos últimos 15 anos. *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, 28.01.2015, Opinião. Disponível em: [http://zh.clicrbs.com.br/ rs/noticias/economia/noticia/2015/01/marta-sfredo-acoes-dapetrobras-tem-quinta-maior-queda-dos-ultimos-15-anos-4689924.html]. Acesso em: 03.02.2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais. *Boletim do IBCCrim*, n. 65, São Paulo, abr. 1998. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2335-a-responsabilidade-das-pessoas-jur%c3%addicas-e-os-delitos-ambientais]. Acesso em: 18.09.2014.

SIEMENS. Siemens no Brasil em 2013, Brasil, p. 5, mar. 2013. Disponível em: [http://w3.siemens.com.br/home/br/pt/cc/sobre-a-siemens/documents/apresentacao-siemensnobrasil2013%28portugues%29.pdf]. Acesso em: 17.09.2014.

SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*. Leme: Mizuno, 2011. p. 749.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRUCK, Jean Philip. Entenda as denúncias de cartel no Metrô de São Paulo. *Veja*, São Paulo, ago. 2013. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/entenda-as-denuncias-de-cartel-no-metro-de-sao-paulo]. Acesso em: 14.06.2014.

TARAGAN, Rogéria. Estudos tentam avaliar peso da reputação. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 15.07.2003. Disponível em: [www.ibape-sp.com.br/arquivos/estudos_reputacao.html]. Acesso em: 02.02.2015.

UM ANO DEPOIS, Lei Anticorrupção aguarda regulamentação. *Veja*, São Paulo, jul. 2012. Corrupção. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/lei-anticorrupcao-ainda-aguarda-regulamentacao]. Acesso em: 01.08.2014.

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 337-367. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção, de Igor Sant'anna Tamasauskas e Pierpaolo Cruz Bottini – *RT* 947/133 (DTR\2014\9947);
- Crimes contra a Administração Pública e improbidade administrativa: medidas de prevenção e repressão, de Luciano Moreira de Oliveira – *RTSP* 7-8-9/255-273 (DTR\2015\847);
- Panorama crítico da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), de Humberto Barrionuevo Fabretti – *RT* 947/25 (DTR\2014\9953);
- Procedimento e sanções na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), de Paulo Henrique dos Santos Lucon – *RT* 947/267-279 (DTR\2014\9967);
- Questões atinentes à chamada Lei Anticorrupção, de Zanon de Paula Barros – *ReDE* 2/257-265 (DTR\2014\1434); e
- Responsabilidade solidária por atos de corrupção, de Maurício Silva Leite e Eduardo Maffia Queiroz Nobre – *RT* 947/313-330 (DTR\2014\9957).

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 337-367. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

62.160

Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05

Capital flight as a predicate offense for money laundry: a paper on the perspective of the legal interest protected by art. 22, caput, of Law 7.492/1986 regarding the new regulatory system for the brazilian exchange market, introduced by the brazilian central bank's Circular Letter 3.280/05

Daniel Gerstler

Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Fundação Getulio Vargas. Graduação na Faculdade de Direito da USP. Membro do IDDD. Advogado.
daniel@toronadvogados.com.br

Área do Direito: Penal; Bancário

Resumo: A regulação do mercado de câmbio foi alterada substancialmente desde a edição da Lei 7.492/1986, que criminaliza a conduta de evasão de divisas. O presente trabalho identifica essa mudança no sistema regulatório do mercado de câmbio, desde a edição da Lei 7.492/1986 até o atual Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais, e principalmente seu reflexo no tipo penal do art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986. Especificamente no que toca (i) à concepção de produto de crime, e (ii) o injusto contido na conduta de evadir divisas. Tudo para analisar se atualmente o crime de evasão de divisas gera produto aferível em valor para ser

Abstract: The regulation of the exchange market has changed significantly since the enactment of Statute 7.492/1986, which criminalizes the act of capital flight. This thesis identifies this change in the regulatory system of the exchange market, since the enactment of Statute 7.492/1986 till the current Exchange Market and International Capitals Regulation, primarily its reflexes on the crime defined by art. 22, *caput*, of Statute 7.492/1986. Specifically, regarding (i) the concept of proceeds of the crime, and (ii) the element of wrongfulness present in the conduct of evading foreign currency. All this to analyze if, currently, such crime results in a proceed evaluable in a

Gerstler, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

considerado crime antecedente da lavagem de capitais, e se a conduta do crime de evasão de divisas possui o mesmo injusto da conduta de branquear capitais.

PALAVRAS-CHAVE: Evasão de Divisas – Evolução regulamentária – Injusto – Produto de Crime – Lavagem de capitais – Crime antecedente.

monetary amount, in order to be considered a predicate offense of money laundering, and also if the conduct of capital flight contains the same element of wrongfulness as in money laundering.

KEYWORDS: Capital flight – Regulatory development – Wrongfulness of conduct – Crime proceeds – Money laundering – Predicate offense.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direito penal econômico como tutela instrumental: Bem jurídico e a violação de normas protetivas no direito penal econômico – 3. Evasão de divisas: 3.1 Bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986; 3.2 Evolução da tutela do controle cambial brasileiro; 3.3 Injusto da evasão de divisas no sistema do RMCCI – 4. Lavagem de capitais: 4.1 Lavagem de dinheiro. Primeira etapa: ocultação e o injusto da ação; 4.2 Produto do crime antecedente da lavagem de dinheiro – 5. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de capitais: Produto do crime de evasão de divisas e o injusto penal da lavagem de capitais – 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O crime de evasão de divisas, como crime inserido na gama de crimes econômicos, comporta uma estreita ligação com a proteção de bens jurídicos regulados por diplomas extrapenais que visam a proteção de ramos da economia. No caso específico deste trabalho, a regulação do mercado de câmbio.

Como tal, as normas que definem, classificam, organizam e, principalmente, protegem o sistema cambial brasileiro darão corpo, alma e significado ao crime de evasão de divisas, ao que a doutrina se refere como complemento às normas penais em branco. Portanto, é necessário que as regras atuais do mercado de câmbio sejam analisadas como o elemento central para se entender o injusto da conduta de evasão de divisas, afinal, o tipo penal existe como acessório das proteções criadas e reforçadas pelos sistemas de regulação. E, assim, compreender, diante do sistema protetivo do bem jurídico do mercado cambial, quais são as implicações e consequências dessa prática delituosa, em especial o produto gerado pelo agente que pratica o crime de evasão de divisas.

A análise de produto se torna importante para o presente trabalho por conta do Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais, isto é, da nova sistemática de regulação do mercado de câmbios, na medida em que o Banco Central revogou todas as normas que proibiam a remessa de divisas ao exterior (seja quantitativamente, seja qualitativamente). Isso não quer dizer que

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

a remessa seja livre, apenas significa que a única exigência, atualmente, é que os valores remetidos sejam informados ao Sistema do Banco Central (Sisbacen).

Essa mudança na forma de regulação do mercado de câmbio tem especial relevância para se analisar o crime de evasão de divisas como antecedente do crime de lavagem de capitais. Afinal, por não ser mais proibida a remessa em si, o único resultado naturalístico decorrente exclusivamente da prática delituosa é a sonegação de informação perante o Sisbacen.

Assim, diante da exigência de o produto de crime antecedente da lavagem de capitais ser aferível em valor monetário, questiona-se no presente trabalho se o produto de evasão de divisas, em sua concepção jurídica, pode ser objeto de lavagem.

E, além disso, questiona-se até que ponto um crime cuja única consequência é movimentar valores à míngua de fiscalização estatal se confunde com o injusto contido na ação de escamotear a origem de capital ilícito, o qual, na essência, também é movimentar valores à penumbra do controle do Estado.

2. DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO TUTELA INSTRUMENTAL: BEM JURÍDICO E A VIOLAÇÃO DE NORMAS PROTETIVAS NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Uma exigência básica da teoria do delito é o de que a prática de um crime deve, necessariamente, atingir algum bem jurídico específico, sob pena de se considerar como infração penal uma conduta destituída de lesividade, ou ofensividade[1] (Grecco, 2004, p. 1).

Ainda nessa linha, destaca-se que o bem jurídico tutelado pode ser classificado como individual ou coletivo, sendo este definido pela possibilidade de ser usufruído por um número indeterminado de indivíduos, simultaneamente, e de maneira indivisível (Horta, 2012, p. 225-247).

O direito penal econômico, em sentido amplo, são tipos penais que tutelam bens jurídicos de natureza coletiva, pois os interesses protegidos pela norma não dizem respeito a bens associados a indivíduos determináveis, mas a interesses que atingem dimensões estruturais, globais ou sistêmicas (ibidem, p. 225-247). Ou seja, ainda que o indivíduo seja a referência da proteção, não há a afetação de um bem jurídico individualmente considerado, mas a antecipa-

1. O autor discute o que se denomina reais bens jurídicos coletivos, o que não se pode confundir com bens jurídicos individuais com tutelas coletivas. Nestes casos não há um indivíduo sendo afetado, mas o dano é distribuível e individualizável, mesmo que em tese.

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

ção dessa lesão puramente individual de forma a proteger um interesse difuso, esparso, coletivo, antes que o indivíduo seja afetado diretamente.

Portanto, não há como se identificar uma vítima específica de crimes econômicos, justamente porque todos são destinatários do bem jurídico protegido, simultaneamente. Isto é, todos são afetados e o dano é esparso e diluído.

Justamente por sua característica difusa e imaterial, a avaliação do dano causado aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal econômico depende de processo dedutivo, ou de presunção (Bottino, 2013, p. 125-153). Se não há vítimas determináveis, o dano não é determinável e, portanto, deve ser presumido.

Ora, como a proteção visada nos crimes de natureza econômica diz respeito às estruturas de sistemas, a presunção de dano surge da violação às regras criadas para a manutenção dessas estruturas (idem, p. 125-153).[2] Daí a importância de se completar os delitos econômicos com normas administrativas. Isso porque o método para se aferir lesão ao bem jurídico esparso e imaterial tutelado pela norma é, por presunção, a violação ao direito.

Assim, nos delitos econômicos, a norma administrativa que vem a preencher o tipo penal em branco é exatamente o elemento que demonstrará como e em que medida o bem jurídico tutelado foi afetado. Logo, a natureza da violação normativa é que definirá a lesão ao bem jurídico, bem como o injusto da conduta criminosa.

3. EVASÃO DE DIVISAS

3.1 Bem jurídico tutelado pelo art. 22, caput, *da Lei 7.492/1986*

O crime de evasão de divisas tem como escopo proteger um dos vieses da política econômica nacional: a política cambial. Esta consiste no controle de

2. A análise da estrutura do tipo penal aqui está segmentada à estrita avaliação de afetação do bem jurídico tutelado. Entretanto, há outros critérios de tipicidade material que não apenas a mera possibilidade de se atingir o bem jurídico tutelado. Essa afetação, por exemplo, não basta que exista, ela deve estar também imbuída de elevado grau de ofensividade para atender ao princípio da fragmentariedade (REALE JUNIOR, 2006, p. 26). É que o direito penal econômico, apesar de possuir aspectos peculiares que justifiquem uma abordagem acadêmica diferenciada em relação ao direito penal clássico, ainda assim é parte integrante da teoria geral do delito. Ou seja, violar direito é um requisito necessário, mas não suficiente para a análise da tipicidade da conduta, sob pena de se punir meras desobediências administrativas.

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

oferta e procura de moeda dentro do território nacional (Schmidt; Feldens, 2006a, p. 10). Portanto, a afetação ao bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986 surge da conduta que viole regras de entrada e saída de moeda estrangeira do país de forma a afetar o controle cambial pelo Estado.

Deste modo, a proteção à movimentação de divisas não é uma proteção em si mesmo, mas um instrumento de política econômica nacional, em especial, da política cambial (idem, p. 159).

Assim, o que importa para aferir o desvalor da ação de evadir capitais, por ser um crime cuja proteção tem caráter instrumental, não é o ato de remeter divisas ao exterior em si – tanto que pode ser lícito –, mas, sim, de que forma a ausência de autorização dessa remessa afeta a política cambial nacional.

Em outras palavras, o injusto da conduta de evasão estará sempre ligado ao injusto administrativo decorrente de violação de regra editada pelo Bacen, para proteger a política cambial nacional (Schmidt; Feldens, 2009b, p. 484), ou seja, não da remessa em si.

Daí a importância de se analisar o direito administrativo para preencher a lacuna do tipo penal, pois essa norma administrativa de proteção ao sistema cambial brasileiro definirá porque, como, e em que medida a "não autorização" da remessa poderá afetar o bem jurídico tutelado. Essa é a função das normas de preenchimento num crime de proteção instrumental.

Caso contrário, bastaria apenas a "não autorização" para se configurar um desvalor criminal, o que, por óbvio, viola o princípio da lesividade. Isto é, o injusto da desobediência não está na desobediência em si, mas na sua capacidade de prejudicar o sistema cambial brasileiro.

Portanto, diante de um crime de proteção instrumental, a demonstração do desvalor da ação (de remeter divisas ao exterior por meio de contrato de câmbio não autorizado) se dará na medida e de que maneira a "não autorização" poderá afetar o sistema cambial brasileiro.

Além disso, a afetação ao sistema cambial brasileiro, por se tratar de bem jurídico coletivo, será presumida pela violação ao plexo normativo editado pelo Bacen para proteger o sistema cambial nacional.

De todo o exposto, conclui-se que o injusto da conduta de evadir capitais por meio de contrato de câmbio não autorizado será presumido pela violação às regras editadas pelo Bacen (por se tratar de um bem jurídico coletivo), mas o injusto também será delineado e definido por tais regras (já que é crime de proteção instrumental). Ou seja, é na forma como essa ausência de autorização (presumidamente) afeta o sistema cambial nacional, que reside e se define o desvalor da ação prevista no art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986.

Gerstler, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

3.2 Evolução da tutela do controle cambial brasileiro

Como visto, a tutela do crime de evasão de divisas é um instrumento à política de controle cambial. Portanto, é necessário analisar como esse controle é exercido atualmente, isto é, em comparação às características da política cambial na época da edição da Lei do "colarinho branco", nos anos subsequentes ao choque do petróleo.

Desde a edição da Lei 7.492/1986, a política cambial brasileira tem mudado muito, especialmente por conta da abertura do mercado após a denominada "década perdida". Por isso é importante a análise, mesmo que breve, desse desenvolvimento histórico da regulação desse setor, para se construir uma análise crítica deste crime de tutela instrumental da evasão de divisas, identificando o corpo e alma dessa proibição (Bottino, 2013, p. 146) pela análise da atual política cambial brasileira.

O século passado foi marcado por forte restrição de entrada e saída de capital. É o que traduz o Dec. 23.528/1933 e também a Lei 4.182/1920, os quais exigiam a comprovação da origem da moeda estrangeira, que deveria ser adquirida em estabelecimentos autorizados (Fornazari Junior, 2008, p. 194).

O marco do ápice deste sistema de controle rígido do movimento de divisas foi a Lei 4.505/1964, pois atribuiu definitivamente ao Bacen o monopólio das operações de câmbio (Cruz, 2010, p. 131).

A partir daí, o Estado passa criar mecanismos de controle físico das remessas. Por exemplo, a Res. Bacen 98/68, que limitou a 1.000 (mil) dólares o valor da remessa por câmbio manual.

Para ilustrar essa preocupação de controle, o Estado criou um mecanismo bem restrito de circulação de divisas em relação aos estrangeiros que passavam transitoriamente pelo país e que traziam valores para despesas. Para esses casos, editou-se a Carta Circular 5/69, a qual possibilitou a não residentes a abertura de conta de outras origens (não decorrente de contrato de câmbio) e a conta proveniente de vendas de câmbio (decorrente de contrato de câmbio) (Fornazari Junior, 2008, p. 195). Basicamente podiam abrir uma conta corrente em instituição financeira em solo brasileiro, cujo crédito poderia ser retirado no exterior.

Foram as denominadas contas CC5, em referência ao ato normativo que as inaugurou, e o importante é que as operações de não residentes foi facilitada, mas não havia a possibilidade de depositar mais do que o trazido consigo do exterior, ou seja, o controle de disponibilidade das divisas ainda era do Estado, pois só saia do país exatamente aquilo que foi trazido pelo estrangeiro.

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Ou seja, nesse momento o Estado exercia um controle tão rígido da saída de moeda do País, impondo limites para esse exercício, que aquele que precisasse de um pouco mais de capital para despesas no exterior, teria que satisfazer sua demanda no mercado paralelo de compra e venda de dólares. Isto é, aquele que precisasse de mais capital do que o limite, teria que se valer do mercado negro de câmbio para compra de dólares (obtido por exportações subfaturadas, que geravam recebimento de divisas não declaradas, ou importações superfaturadas, que geravam créditos de divisas não declarados). Naturalmente a taxa de câmbio era maior no mercado negro (Schmidt; Feldens, 2006a, p. 67).

Neste contexto, veio a crise do petróleo em 1973. Esse produto, indispensável em toda a cadeia produtiva em geral, era essencialmente importado. Com a crise, seu valor disparou. O resultado é que o país sofreu uma saída gritante de dólares do país e precisou-se equilibrar a saída de capitais com a importação de petróleo.

Para tanto, o Estado viu uma importância essencial em fixar o preço do dólar e assim controlar as importações e exportações para equilibrar a balança comercial. Para isso era necessária uma taxa de câmbio fixa, ou nominal. Isto é, o governo é quem controlava a oferta e procura do dólar, e, portanto, seu preço. Veja-se que para esse regime de taxa cambial, o Estado passa ter a obrigação de comprar tudo o que fosse oferecido, bem como comprar tudo o que fosse demandado. Já que o preço não era determinado por regras de oferta e procura do livre mercado, mas sim por indexação estatal.

Diante desse rígido controle de circulação, o período foi marcado por incentivos à exportação, nacionalização da indústria (fechamento da economia). O ápice dessa situação político-econômica surgiu em meados de 1985, com o movimento "não FMI", quando foi declarada a moratória e toda dívida externa deixou de ser paga (idem, p. 54).

Este era, portanto, o contexto da edição da Lei 7.492/1986: uma necessidade de controle da crise de inflação, bem como a indexação de preços e taxa cambial tarifada. É a denominada "década perdida". Ou seja, qualquer ação que diminuísse as reservas cambiais brasileiras colocava em risco a possibilidade de pagamento da dívida externa e o custeio da importação de petróleo (Bottino, 2013, p. 40), o que geraria um rombo na balança comercial irreparável diante da fragilidade econômica e dependência das importações e, portanto, muito prejudicial à economia brasileira.

O preço político-econômico dessa restrição foi uma disparidade muito grande entre o câmbio oficial (segundo taxas do Bacen) e o câmbio paralelo (segundo regras do livre mercado). A diferença entre os valores oficiais das

Gerstler, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

moedas, e os de mercado eram muito grandes. A necessidade de controle, portanto, se tornava exponencialmente necessária, pois com tamanha disparidade, essa variável artificial de preços gerava impactos gritantes no planejamento econômico. Ou seja, a necessidade de tutela penal da saída da moeda era evidente naquele contexto.

Por isso, a restrição se dava em três níveis: quantitativa (racionamento devido a crises da balança de pagamento); qualitativa (diferença entre dólar oficial e paralelo, o que podia gerar um impacto inflacionário muito alto com a saída de divisas nessas condições); e de fluxo (pouco fluxo significa pouca movimentação numa economia fechada).

Entretanto, o final da década de 80 foi caracterizado por uma abertura da economia brasileira, o que gerou maior competitividade da indústria. Isso por vários motivos: (a) o aumento da oferta da moeda estrangeira no país; (b) mobilidade capital, e (c) controle oficial da taxa de cambio gradativamente diminuindo.

Ocorre que, por conta do anterior sistema rígido de controle indutor de um mercado paralelo de negociação do dólar, as taxas oficiais eram muito díspares das taxas de mercado, e por isso, haveria um passo ainda para a total substituição das taxas nominais por taxas reais. Afinal, quanto maior a diferença, mais lucrativo era o mercado negro de dólar.

A solução para diminuir essa diferença foi a edição das Resoluções Bacen 1.542 e 1.552 que instituíram o câmbio de taxas flutuantes, ou o denominado dólar-turismo (Schmidt; Feldens, 2006a, p. 58). Isso significou que a taxa de dólar seria livre, determinada pelo mercado, com exceção das transações comerciais por contratos de câmbio (importações e exportações, basicamente).

Na década de 90, editou-se a Res. 1.690/90, e desapareceu de vez a taxa de câmbio oficial. O controle pelo Bacen passou-se a se tornar indireto (compra e venda no mercado pelo Bacen com operações como *dirty floating* e *crawling peg*). Surgiu o Mercado de Câmbio de Taxas Livres (câmbio sacado, compensação contábil e títulos) e Mercado de Câmbio de Taxas Flutuantes (câmbio manual, em espécie).

Em 1992 editou-se a Carta Circular 2.259/92 e flexibilizou-se a remessa de lucro ao exterior (permitiu que bancos estrangeiros pudessem usar contas da CC5 sem que fosse proveniente de vendas de câmbio de valores aos bancos brasileiros). Além disso, foi criado o Sisbacen (identificação das remessas ao exterior).

Essas mudanças do começo da década de 90 são o ponto divisor de águas que alterou profundamente o sistema de controle cambial brasileiro. Isso porque no sistema anterior de taxa fixa, o controle do Estado é direto, ou seja, o

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

governo compra toda moeda estrangeira excedente, e compra toda demandada. Nesse sistema, o controle de movimentação do dólar é indispensável, pois o Estado brasileiro não produz dólares, e controla o valor da moeda pela simples compra e venda (Cruz, 2010, p. 124).

No caso do sistema de taxa livre, o Estado é ator indireto, e apenas opera para influenciar o preço, mas o preço é determinado pelo mercado. Ou seja, o importante não é o controle da disponibilidade de divisas em si, mas um controle sobre como sua movimentação está se dando no mercado, para daí ter uma base de dados para colocar em prática uma política econômica de acordo com a situação do mercado. Isso foi decorrente de uma mudança radical na economia brasileira (Bottino, 2013, p. 144), por conta da abertura de mercado, como visto.

Entretanto, apesar da mudança de política cambial, o Bacen ainda continuava a limitar os valores que poderiam ser remetidos ao exterior. Havia, ainda, uma necessidade de autorização prévia para o envio de divisas ao exterior, e os bancos, apesar de trabalharem com uma taxa livre de câmbio, o Bacen ainda lhes impunha limites de posições compradas e vendidas de dólares. O preço era livre, mas a movimentação não.

Mesmo assim, a política cambial caminhava para uma flexibilização cada vez mais evidente. Por exemplo, a edição da Carta Circular 2.259. Ela veio substituir a Circular 5/69, acima citada, que instituía dois tipos de conta: de outras origens e proveniente de vendas de câmbio (só poderia ser remetido ao exterior o que tivesse sobrado daquilo que trouxe do estrangeiro). No entanto, isso não permitia uma remessa de lucros ao exterior (Schmidt; Feldens, 2006a, p. 63). A Carta Circular 2.259 permitiu que bancos estrangeiros pudessem abrir contras em bancos nacionais para que valores fossem enviados para o exterior (lucros) por meio de uma operação de câmbio controlada pelo Sisbacen.

No Governo Collor a taxa de câmbio passou a ser efetivamente livre, e o Bacen deixou de comprar e vender tudo que havia de dólares disponíveis. Nesse momento, não existia mais limites de posições compradas e vendidas aos bancos, o capital estrangeiro investido no Brasil poderia ser livremente remetido ao exterior.

Com a instauração do Plano real, uma mudança que visava combater a desvalorização do cruzeiro e renegociação da dívida externa, o Brasil adotou políticas de reestruturação para abrir seu mercado ao exterior. Editou-se, portanto, a Lei 9.069/1995, pela qual foi instituída a liberdade de entrada e saída de moeda estrangeira no País, mas não total, pois ainda havia restrição quanto às operações por contratos de câmbio (art. 65, *caput*, da Lei 9.068/1995). Para a movimentação em espécie, bastava o preenchimento da Declaração

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

de Porte de Valores. Isentados desse controle todo valor que não passasse de R$ 10.000,00 (art. 65, § 1.º, I e II).

No entanto, a pedra de toque para se compreender a mudança no corpo e alma do *caput* do art. 22 da Lei 7.492 é a análise da atual situação de controle cambial brasileiro que surge com a Res. 3.265 em 2005, a qual foi devidamente regulamentada pela Carta Circular 3.280 e criou o RMCCI – Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais. Unificou-se a taxa do MCTL e MCTF. O art. 20 da Carta Circular 3.280 consolidou um sistema de taxas de câmbio livremente pactuadas, sem controle administrativo pelo Bacen. As partes passam a pactuar livremente a cotação do dólar que agora é a mesma para o movimento por operações de câmbio e por movimento em espécie (Fornazari Junior, 2009, p. 199).

Ademais, o mais importante para o presente trabalho é perceber como na nova sistemática do RMCCI, dispensa-se a manifestação prévia do Bacen para assunção de compromisso no exterior, inclusive para as operações decorrentes de contratos de câmbio (Schmidt; Feldens, 2006a, p. 72) (art. 10 da Res Bacen 3.265/2005).

No sistema do RMCCI, registra-se no Sisbacen, até às 19 horas todas operações realizadas no dia (e não as que serão realizadas). O momento de controle, dessa forma, ficou posterior à sua realização (Fornazari Junior, 2008, p. 201). O pouco de controle sobre a remessa de valores em si, não existe mais. Tudo o que se pretende controlar são dados, informação.

Diante dessa evolução, o que se percebe que é ao longo de toda a década de 90, o Estado passou a se preocupar cada vez menos em controlar o volume de divisas disponível, para se preocupar com a informação desse movimento no País (Cruz, 2010, p. 99-147). Isso para ter um subsídio de dados para precaver eventuais crises de conjuntura.

Portanto, a Lei de 1986 foi elaborada tendo como base a realidade do que foi chamada de "década perdida", onde a disponibilidade de divisas era importante para poder pagar a dívida externa e controlar a inflação para alimentar a dependência em importações. Hoje as reservas têm crescido, a dívida diminuído, e o Brasil não é tão dependente de importações como na crise do petróleo, logo, a proteção dessa disponibilidade de divisas não é relevante o suficiente para ser criminalmente tutelada. O Estado se torna agente indireto do mercado de câmbio, utilizando o Sisbacen como um controle de informação (Bottino, 2013, p. 40).

A pergunta colocada, portanto, é: qual o injusto de se realizar contrato de câmbio não autorizado para evadir capitais, num sistema de controle que se dá tão somente quanto aos dados dessa remessa, e não da remessa em si.

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

3.3 Injusto da evasão de divisas no sistema do RMCCI

A evolução da política cambial brasileira tem uma importância especial para se analisar o tipo penal do crime de evasão de divisas, pois, como já destacado, o direito penal econômico possui uma função instrumental, isto é, não carrega um desvalor intrínseco aos verbos praticados pelo agente (como no homicídio), mas um desvalor intimamente ligado à lesão de regras de proteção do sistema econômico que visa proteger.

Portanto, no momento em que se percebe que a política cambial – esta protegida pela punição da evasão de divisas – muda de foco desde a edição da Lei 7.492/1986, o núcleo essencial da proibição também muda.

É dizer, não tem sentido defender que o ato de evadir capital possui o mesmo desvalor num sistema de controle da movimentação em si, e num sistema de controle apenas da informação dessas transações, no qual o movimento financeiro sempre será legítimo, desde que fiscalizado (Schmidt; Feldens, 2009b, p. 493).

A questão, portanto, é qual o desvalor da ação de se evadir capitais diante na nova sistemática o RMCCI. A reposta para a essa questão parece simples: omitir informação de movimentação financeira do Banco Central, mais especificamente do Sisbacen.

No entanto, para o presente trabalho, mais importante do que entender qual é o injusto da conduta do art. 22, *caput*, da Lei 7.492, é compreender qual não é o injusto desta ação no atual sistema do RMCCI, e que, na época da edição da Lei 7.492 era o elemento injusto. A resposta também é simples: a própria remessa de valores.

Afinal, se atualmente o próprio Banco Central não impede a remessa de valores, bastando a regularização do contrato de câmbio para que o Sisbacen acompanhe as movimentações financeiras do país, sem, inclusive, exigir uma autorização prévia para isso (Nunes, 2006, p. 145), é sintomático concluir que evadir capitais, atualmente, não é um crime que protege a movimentação em si. Protege algo diverso.

Alguns autores defendem que atualmente o crime de evasão de divisas protege, na realidade, os tributos devidos decorrente dessas transações omitidas. Não parece ser a solução correta, primeiro, pois o tipo penal não faz referência a qualquer valor devido e não pago, e muito menos a tributos. Segundo, pois há sim uma necessidade autônoma de proteção do sistema financeiro, que não depende da receita e arrecadação fiscal do Estado. São políticas econômicas ligadas, mas independentes.

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Isto é, o controle do sistema financeiro é independente das políticas de arrecadação do Estado, embora é verdade que uma política fiscal possa ser utilizada como instrumento para fomentar algum objetivo da política cambial. Entretanto, o ponto é que são esferas independentes de regulação e interesse.

Por outro lado, há quem defenda que, atualmente, o crime de evasão de divisas perdeu substância criminal, isto é, não deveria ser mais crime, pois se estaria punindo o mero controle de informação, sem lesar bem jurídico algum (idem, p. 170). Essa solução também não parece ser a mais adequada, pois, apesar de estar-se diante de uma absoluta liberdade de movimentação de divisas, ela não está longe de fiscalização, e essa fiscalização tem reflexos em políticas econômicas e também no sistema financeiro nacional como um todo. O que muda com essa mudança de tratamento é o modo como esses bens jurídicos são afetados.

Isto é, de fato não há empecilho quanto à remessa de divisas ao exterior, mas essa remessa ainda está sujeita ao acompanhamento pelo Estado, e manter o Estado desinformado afeta diretamente decisões que irá tomar sobre políticas cambiais (se, por exemplo, fomentará a circulação de dólares para aumentar seu preço e incentivar exportações). Isto é, difícil falar-se em descriminalização da evasão de divisas, pois ainda há relevância no controle de movimentação financeira, mesmo que indireto.

Assim, o Estado não atua diretamente na oferta e procura de divisas e, portanto, a evasão de divisas não está mais associada a essa disponibilidade de capital no país. Entretanto, o Estado ainda atua como operador poderoso do mercado, fomentando políticas específicas tendo como base a informação de quanta moeda circula no País, e quanta moeda não circula no País.

Portanto, a análise dessa mudança na política cambial, tendo como base as mudanças do RMCCI não merece um tratamento tão radical a ponto de dizer que a evasão não merece mais criminalização, mas merece sim uma reflexão. Isso porque, se é verdade que a mudança do RMCCI não tornou irrelevante o controle de disponibilidade de divisas, também é verdade que mudou substancialmente a natureza desse controle.

Destarte, na atual composição das regras que visam proteger o sistema financeiro nacional no âmbito da política cambial, o crime de evasão de divisas não perdeu sua razão de existir, mas sua tutela recai não mais sobre um valor monetário da divisa evadida, mas recai sobre um valor informacional. Isto é, não é mais o capital evadido que será objeto de tutela, mas os dados desse valor evadido não apresentados ao Sisbacen.

Esse será o foco do presente trabalho, pois diante da mudança de objeto tutelado, tendo em vista a nova sistemática do RMCCI, o crime de evasão de

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

divisas, primeiro, assume um injusto diverso (antes a própria movimentação da divisa, hoje a omissão dessa movimentação do Sisbacen) e, segundo – e consequentemente –, gera um produto diverso da prática de crime (antes essencialmente o valor evadido, hoje a informação sonegada).

Identificar essa mudança nas regras administrativas cambiais e, portanto, uma alteração na alma do tipo penal da evasão de divisas (Bottino, 2013, p. 146), é a chave para se perceber que o crime de evasão de divisas já se divorciou de sua tutela original, e, atualmente, seu injusto está muito mais associado a uma sonegação de informação, do que a uma diminuição de reservas de moeda do País e, portanto, as consequências desse crime não são mais aferíveis em valores monetários, mas sim aferíveis em valores de informação e dados ao Sisbacen.

Agora, resta analisar como essa mudança no núcleo de proibição do atual crime de evasão de divisas, diante do sistema do RMCCI, afeta sua condição como crime antecedente da lavagem de capitais.

4. LAVAGEM DE CAPITAIS

4.1 Lavagem de dinheiro. Primeira etapa: ocultação e o injusto da ação

Para se entender como e se o produto gerado pela evasão de divisas tem repercussão no crime de lavagem de dinheiro, mister se faz, primeiro, analisar em que consiste o núcleo de proibição do ato de escamotear capitais, isto é, qual é o injusto contido no ato de lavar dinheiro.

A lavagem de dinheiro, diferentemente do crime de evasão, não é uma norma penal em branco, já que não faz remissão a outros dispositivos legais. Portanto, para se analisar o injusto da conduta de lavagem, é necessário analisar quais os bens jurídicos afetados, tendo como base de estudo a própria redação do tipo penal.

Há grande divergência nesse ponto, ficando a doutrina dividida em três grupos: os que defendem que a lavagem afeta o bem jurídico do crime antecedente; os que defendem que afeta a ordem econômica; e os que defendem a afetação da Administração da Justiça.

Apenas como breve explicação, a ideia de que o crime de lavagem de capitais afeta o próprio bem jurídico do crime antecedente surge nos primórdios da construção desse tipo penal, utilizado para o combate do tráfico de drogas. Dessa forma, a reciclagem do dinheiro proveniente do tráfico afetaria a saúde pública, da mesma forma que a reciclagem de capital decorrente de uma extorsão afetaria a liberdade individual e patrimônio alheio (Badaró; Bottini, 2012, p. 50).

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Nesse sentido, proíbe-se a reinserção escamoteada do capital na economia proveniente de crime para evitar o proveito desse produto e não estimular a prática do crime antecedente (Fabián Caparrós, 2003, p. 72). Isto é, medida de prevenção geral.

O segundo bem jurídico colocada no foco de proteção do crime de lavagem de capitais é a Administração da Justiça. Trabalha-se com a ideia de que o capital escamoteado atrapalha a capacidade de a Justiça exercer suas funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação do produto do delito (ibidem, p. 53). Basicamente a afetação do bem jurídico se dá na medida em que o rastro do crime é apagado, sua evidência é arredada (Fossard, 2004, p. 22-30).

No que toca à proteção da ordem econômica, a necessidade surge da afetação do livre mercado, pela falta de transparência (idem, p. 52 e 54). Isto é, a reinserção de valores sujos acaba por turvar a visão de mercado dos agentes, criando uma situação de desequilíbrio de informação. Nesse sentido a ordem econômica é prejudicada, pois os fundamentos basilares do livre mercado – que são a livre concorrência e a transparência das operações – são lesados, gerando danos em outros setores econômicos como o sistema concorrencial, por exemplo.

Há quem defenda, inclusive, uma proteção mais generalizada da ordem econômica como um todo, defendendo que a lavagem de capitais afeta também o regular funcionamento do sistema financeiro, mercado internacional (Molina Mansilla, p. 63), na medida em que obstrui o controle dos órgãos de regulação destes bens jurídicos econômicos.

Portanto, seja protegendo a bem jurídico do crime antecedente, seja protegendo a ordem econômica ou Administração da Justiça, o ponto comum de todas essas tutelas é o combate à falta de transparência da origem desses valores. Esse é o ponto comum de todas essas lesões.

Dessa forma, parece sintomático que a primeira etapa da lavagem seja justamente a ocultação dos valores, isto é, impossibilitar o conhecimento de sua situação jurídica e espacial. Afinal, seja qual for o objetivo da proteção do crime de lavagem de capitais, o injusto da conduta está em justamente sonegar informação dos sistemas de controle da origem dos valores.

Seja para, com esse vácuo de dados nos sistemas de fiscalização, distanciar o crime antecedente de seu produto, seja para afetar o livre mercado com um desequilíbrio de informação, seja para obstaculizar a Justiça de conduzir uma investigação criminal.

O injusto da lavagem na sua essência, portanto, é deixar de informar a origem dos valores reinseridos e, por um raciocínio da via oposta, deixar de

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

informar aos sistemas de controle o destino dos valores sujos. A punição, portanto, versa sobre operação de trânsito de capital longe de fiscalização estatal.

4.2 Produto do crime antecedente da lavagem de dinheiro

Por outro lado, essa sonegação de informação não recai sobre qualquer tipo de objeto, pois esse crime versa necessariamente sobre um tipo de produto específico: capital.

Entretanto, o produto de crime não precisa ser capital *stritu sensu*, basta que carregue algum tipo de valor (Badaró; Bottini, 2012, p. 69), isto é, o produto não precisa ser em espécie para ser lavado, mas precisa ser aferível em valor econômico.

Portanto, incluem-se nesse espectro direitos, bens, títulos (Molina Mansilla, p. 65), pois o importante é a reinserção de valor-moeda na economia de maneira obscura a fim de apagar o rastro do crime.

Seja como for, se o fruto do crime tiver algum valor, ou for conversível em tal, esse produto é lavável. Ocorre que o aspecto mais delicado desta discussão diz respeito a um tema muito mais elementar da teoria geral do delito, isto é, o que efetivamente constitui produto de crime.

Para isso, é importante questionar se qualquer resultado naturalístico no contexto de uma ação criminosa pode ser considerado produto de crime, ou se os resultados fenomenológicos devem ser estudados minuciosamente para se verificar se são uma necessária decorrência de ato ilícito, ou apenas consequências neutras da circunstância da ação.

Quando se trabalha com crimes cujo instrumento não é o capital em si, a análise fica muito mais simples, afinal, todo o valor produzido no contexto da ação criminosa necessariamente foi resultado do ilícito. Se antes o autor não tinha capital, e depois da prática do crime obteve capital, obviamente que este é o resultado exclusivo e necessário do crime.

O problema surge quando o autor do crime já possuía capital antes da prática do crime, e este capital, já em seu poder antes da conduta criminosa, foi utilizado como instrumento deste crime.

Nessas hipóteses, isto é, crimes cujo instrumento é o próprio capital, o estudo merece um maior cuidado do que simplesmente mensurar quanto dinheiro sobrou no final da ação criminosa, para concluir que esse montante é o produto de crime suscetível de lavagem. Afinal, parte desse dinheiro pode ter sido simplesmente o meio, e não um resultado da conduta-crime.

Note-se: o capital-instrumento do crime pode ser instrumento e, ao mesmo tempo, resultado exclusivo de crime, não sendo suficiente a mera afir-

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

mação de que, por ser instrumento, nunca poderá ser produto. Isso porque, em alguns crimes, apesar de o capital ser o instrumento, é também produto de crime porque o autor economizou criminosamente parte deste capital-instrumento – isto é, não transferiu parte desse total utilizado como instrumento para quem era devido. É o caso de crime tributário, por exemplo (Cordero 2011, p. 2).

Blanco Cordero abordou o tema, e concluiu que o instrumento do crime pode sim ser o objeto material da lavagem (produto de crime), examinando-se a situação da seguinte forma: faz-se uma supressão mental da atividade criminosa para se verificar se o *quantum* do valor usado como instrumento de crime é o mesmo *quantum* resultante de conduta não criminosa praticada (idem, p. 22).

Ou seja, tira-se uma fotografia do fato após a prática do crime, e tira-se outra fotografia hipotética do fato como se a ação praticada não fosse crime, isto é, uma conduta permitida. Aquilo que for diferente entre as duas fotografias será produto direto e proveniente de crime. Tudo aquilo que se mantiver inalterado não é produto direto e exclusivo do crime, apesar de poder ser um resultado naturalístico do contexto criminoso.

Nada mais simples e objetivo. Afinal, se algo surgiu no mundo exclusivamente por conta de um ato criminoso, de forma que uma conduta lícita correspondente não teria o condão de fazer surgir esse algo, obviamente que o dito algo é produto de crime. Por outro lado, se aquele algo surgiu com a prática do crime, mas teria surgido mesmo com a prática de conduta correspondente não criminosa, será um resultado naturalístico do contexto criminoso, mas não é produto exclusivo e direto, e, portanto, proveniente de crime.

Veja-se, por exemplo, o caso clássico do crime tributário estudado por Blanco Cordero. É inegável que a origem de imposto não pago é lícita, decorrente de uma atividade empresarial normal e regular. Entretanto, isso não é suficiente para se afirmar que o crime tributário não gera produto de lavagem.

Isso porque, realizando-se uma supressão mental do crime (sonegação de Imposto de Renda, por exemplo), verificar-se-á que haverá o decréscimo da quota do IR na posse do autor do delito. Portanto, não é todo o capital sobre o qual incide o imposto (renda) que será o produto de crime. Isso porque, todo o restante que não a quota tributária (renda – IR) permanecerá inalterado nas duas fotografias, apesar de o autor só ter o valor total porque sonegou imposto.

Ou seja, o valor total da renda estar depositado na conta do autor, sem o decréscimo tributário do IR, é um resultado fático do contexto criminoso de so-

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

negação. No entanto, apenas a quota devida e não paga do IR é que consistirá em resultado direto e exclusivo do crime. Portanto, apenas isso será produto.[3]

Com isso resolve-se o problema de crimes que utilizam o capital como seu instrumento, pois não se chega ao absurdo de afirmar que todo o capital-instrumento utilizado para prática do crime é produto de lavagem (renda), e nem se afirma, também temerariamente, que qualquer crime que utiliza capital como instrumento não pode ser antecedente de lavagem (sonegação de IR).

Portanto, para se conferir o que é produto de crime, é imprescindível verificar se a prática do crime foi determinante para produzir aquele resultado, ou se foi meramente circunstancial. O modelo proposto por Blanco Cordero resolve essa questão.

Além disso – e aqui se retoma o raciocínio inicial do capítulo –, esse produto de crime dever ser algo aferível em valor econômico.

Ou seja, não basta o critério de supressão hipotética do crime para se identificar o produto de crime, para daí afirmar que esse produto é lavável. Também há de se analisar se esse resultado (se essa diferença entre as duas fotografias) é de fato algo conversível em valor monetário, ainda que não seja capital em si.

No caso de crime cujo instrumento é o próprio capital, a diferença algébrica entre o valor utilizado como instrumento e o valor-resultado hipotético sem a prática de crime será a quota lavável (foto 1: renda total; foto 2 hipotética: renda total – IR; produto: renda total – (renda total – IR) = IR)).

Passa-se, portanto, à análise do produto gerado pelo crime de evasão de divisas, o qual também é um crime que utiliza o capital como instrumento.

5. EVASÃO DE DIVISAS COMO CRIME ANTECEDENTE DA LAVAGEM DE CAPITAIS: PRODUTO DO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS E O INJUSTO PENAL DA LAVAGEM DE CAPITAIS

O crime antecedente objeto de estudo deste trabalho é um cujo instrumento é o próprio capital, isto é, o crime de evasão de divisas.

3. Aqui se abre parênteses, pois se sabe que o crime tributário não é a mera ausência de pagamento, mas uma decorrente de fraude. Então, caso o autor tivesse declarado ao fisco o que devia, mas simplesmente não o tivesse pagado, ele não teria cometido crime, e mesmo assim a quota tributável ainda estaria na sua conta. No entanto, para o presente trabalho, o raciocínio exposto é suficiente para se compreender a lógica do critério de avalição criado por Blanco Cordero para definir o que é produto de crime tributário cujo instrumento é o próprio capital, apesar de merecer críticas.

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Parte da doutrina já se posicionou no sentindo de que a evasão de divisas não gera produto de crime lavável, pois não há acréscimo patrimonial com a prática da evasão (Sidi, 2006, p. 11-12). Diferentemente do crime tributário, afinal, mesmo que a origem do capital tributado seja lícita, houve uma economia decorrente de crime e, portanto, seria produto de crime.

Entretanto, para analisar o crime da evasão de divisas, não há sequer a necessidade de se analisar se houve acréscimo patrimonial decorrente de uma alteração no mundo dos fatos causada diretamente pela prática do crime, pois a prática do crime de evasão não gera qualquer alteração resultante de crime no que tange ao valor-moeda, quanto menos para aumentar o patrimônio do autor.

Isto é, não há simplesmente ausência de acréscimo patrimonial com o crime de evasão, mas verdadeira absoluta falta de qualquer alteração em relação a esse dinheiro, nem mesmo de *locus*.

Como já visto, na nova sistemática do mercado cambial introduzida pelo RMCCI, não há hipótese na qual a divisa seja impossibilitada de sair do País. O injusto, a proibição, recai simplesmente sobre a sonegação da informação do Sisbacen.

Essa premissa é um ponto de partida essencial para se verificar qual o produto do crime de evasão de divisas, valendo-se do método da supressão hipotética do crime do contexto da ação.

O crime de evasão de divisas consiste na realização de operação de câmbio não autorizada com o fim de evadir capitais. Ainda que se trate de um crime formal, sendo, portanto, irrelevante a efetiva saída do capital ao exterior (Schmidt; Feldens, 2006a, p. 165), fato é que o exaurimento do crime de evasão de divisas se dá com a efetiva saída do capital do País. Portanto, ainda que não seja uma elementar do crime de evasão, faz parte do *iter criminis* a efetiva saída da moeda.

Ocorre que no atual sistema do RMCCI, não há hipótese na qual o dinheiro seja em si impossibilitado de sair do País, bastando que o Sisbacen tenha conhecimento da operação e que seja feita cumprindo-se as formalidades legais.

De todo modo, fato é que não há valor que não possa ser remetido ao exterior *per se*. Diversamente do que ocorre num sistema de taxa de câmbio fixa, na qual o Estado ele mesmo atua diretamente no mercado para arquitetar o preço da divisa, e atua com controle de disponibilidade dessa moeda nos cofres nacionais, e não meramente sobre a informação de sua passagem pelas fronteiras.

Portanto, como toda remessa de divisas ao exterior é permitida, desde que seguidas as formalidades (Cruz, 2010, p. 109), não importa se praticando a

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

evasão sem autorização (crime), ou praticando a evasão com autorização, o resultado das condutas – no que tange à quantidade de moeda remetida ao exterior – será sempre o mesmo. É dizer: praticando ou não o crime, a divisa poderá sempre ser remetida ao exterior.

No sistema sobre o qual foi editada a Lei 7.492/1986, isto é, de taxa de câmbio fixa, havia proibição de remessa em si, pois o interesse do Estado era manter a reservas de dólares para controlar o seu preço, e não simplesmente estar ciente do mercado de dólar para ajustar suas políticas econômicas ao preço real da moeda.

Então, trocando em miúdos, tirando-se as duas fotografias, uma com a prática da evasão e outra sem a prática da evasão, no que tange à quantidade de divisas no exterior, ela será rigorosamente a mesma nas duas fotografias (foto 1: valor X remetido ao exterior sem autorização; foto 2: valor X remetido ao exterior com autorização; produto = valor X – valor X = Ø). Ou seja, a soma de valor resultante da prática de evasão de divisas é zero.

Do que se conclui que o crime de evasão de divisas não gera produto aferível em valor monetário, já que o resultado naturalístico do dinheiro enviado ao exterior não é produto de crime, mas sim uma circunstância neutra do contexto criminoso.

A dúvida que fica é qual o produto gerado exclusiva e diretamente pela prática da evasão, isto é, o que resulta da prática de evasão que apenas operando-se à mingua de controle do Bacen poderia resultar.

A resposta para essa pergunta será aquele resultado no mundo dos fatos que só poderia surgir exclusivamente com a prática de remessa de divisas ao exterior com uma operação não autorizada. Parece óbvio, mas veja-se.

Com a supressão hipotética da prática do crime, apesar de em relação ao valor remetido não haver mudança, a situação posterior não fica exatamente igual. Afinal, com a prática do crime de evasão de divisas, o Sisbacen fica carente de informação acerca dessa operação de câmbio. E esse é o ponto fulcral desse trabalho.

Suprimindo-se hipoteticamente o crime de evasão de divisas do contexto da ação do autor, o valor e a quantidade remetidos ao exterior permanecem rigorosamente os mesmos, no entanto, altera-se o fato de o Bacen estar ciente dessa remessa. (foto 1: valor no exterior sem informação no Sisbacen; foto 2: mesmo valor no exterior com informação no Sisbacen; produto = a informação no Sisbacen).

Em outras palavras, analisando-se as duas fotografias, a diferença entre praticar o crime de evasão e não praticá-lo, será um dado inserido no Sisbacen

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

sobre a existência dessa operação de câmbio. Ou seja, praticando-se o crime de evasão, o Sisbacen não fica alimentado; sem praticar o crime, o Sisbacen fica alimentado.

Portanto, apenas praticando-se o crime de evasão de divisas é que o Sisbacen deixará de ficar alimentado. Por outro lado, não é apenas praticando-se o crime de evasão de divisas que o valor poderá ser remetido ao exterior. Essa é a lógica por trás do método de supressão hipotética do crime do contexto da ação, para se verificar quais são os resultados legitimamente provenientes de crime. Leia-se: produto.

No caso da evasão de divisas, perante o atual sistema do RMCCI, seu produto é um dado num sistema de informação, já que em qualquer hipótese a quantidade de divisas em si não será impedida de sair do país e, portanto, poderá ser realizada mesmo sem a prática do crime de evasão de divisas. Não é a mesma situação, por exemplo, de valores aferidos de drogas ilícitas, pois não há como se lucrar comercializando entorpecentes, senão praticando o crime de tráfico de drogas.

Ocorre que, dado em sistema de informação, embora seja sim produto de crime e embora gere prejuízos à política cambial, não é produto de crime aferível em valor monetário. Portanto, não pode ser lavado. Dessa forma, a evasão de divisas na atual sistemática do RMCCI não gera produto que possa ser lavado e, assim, não pode ser crime antecedente do crime de lavagem de capitais.

E mesmo que se considere o imposto que seria devido com a operação de câmbio e não pago, pois foi realizado à mingua de controle, obviamente que o produto seria decorrente de crime tributário, e não o de evasão de divisas.

Essa ponderação tem relevância prática muito importante, pois, em primeiro lugar, o produto seria apenas a quota tributária não paga (e não todo o valor remetido), e haveria de ser calcular exatamente o tributo devido. Isto é, haveria de se instaurar um procedimento administrativo para delimitar o montante devido e fazer a inscrição na dívida ativa. Não bastaria apenas, então, a demonstração de uma remessa de valores ao exterior decorrente de operação de câmbio ilegal para se iniciar um processo criminal por lavagem de dinheiro.

Seja como for, mesmo com essa ponderação, fato é que o crime antecedente seria o crime tributário e não o crime de evasão de divisas.

O que se deduz com essa análise, é que, atualmente, o injusto do crime de evasão de divisas é de sonegação de informação, independentemente de como e qual bem jurídico que se esteja afetando, já que a remessa, em si, é neutra.

Diante disso, mister se faz verificar que esse é exatamente o injusto da prática de lavagem, também independentemente do bem jurídico que se está atin-

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

gindo. Claro que não são crimes que tutelam o mesmo bem jurídico, mas o objeto da ação (informação) é o mesmo.[4] Seja evadindo capital, ou lavando dinheiro, o injusto de ambas as condutas é sonegar informação do Estado.

No caso da evasão essa sonegação ocorre em detrimento da política cambial nacional, e essa sonegação, no caso da lavagem, ocorre em detrimento de um dos três bens jurídicos já analisados no capítulo 3 deste trabalho.

Veja-se que essa identidade entre esses dois crimes só surgiu com a mudança da proteção da política cambial brasileira. Num sistema de taxa fixa de câmbio, os injustos não se confundem, pois a remessa em si de divisas ao exterior é integrante do injusto do crime de evasão. No atual sistema do RMCCI, não.

Destarte, o crime de evasão de divisas não gera produto objeto de lavagem, pois nenhuma parcela do instrumento de crime, capital, é convertida em valor ilícito, sendo que sequer o *locus* do capital seria diferente caso o crime não tivesse sido praticado. Portanto, a remessa, em si, é uma mera circunstância neutra do contexto fático. E, além disso, depreende-se que o elemento de injusto dessa conduta (não informar a operação ao Bacen) se confunde com a essência proibitiva da lavagem de capitais, que é circular dinheiro na economia longe de qualquer fiscalização.

6. CONCLUSÃO

As normas do RMCCI, que complementam o tipo penal em branco da evasão de divisas, não proíbem a remessa de divisas para o exterior. O motivo para isso basicamente decorre de uma economia que hoje é mais globalizada, integrada, e, principalmente, mais estável desde a edição do art. 22 da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro. Este atual contexto econômico dá mais importância à fiscalização do movimento cambial, do que à necessária retenção de divisas no País com o fim de evitar o escape desses valores do território nacional de forma a desequilibrar a oferta e procura de moedas fortes como o dólar. Essa era a preocupação dos economistas, e, portanto, do legislador, em 1986 quando a Lei 7.492 foi idealizada, ainda mais porque a taxa de câmbio, na época, era fixa, isto é, dada pelo Estado.

4. ROXIN (1997, t. 1, p. 60) diferencia estes dois conceitos: "El bien jurídico debe distinguirse del concreto objeto de la acción. Así p.ej., en la falsedad documental (§ 267) el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio, pero el objeto de la acción es el documento falsificado en el caso concreto. El objeto de la acción en el hurto es la cosa ajena sustraída".

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Hoje não mais, pois a taxa é ditada pelo próprio mercado, e, portanto, o Estado se torna espectador da movimentação, ainda que um espectador qualificado na medida em que é um agente indireto importante e influente na movimentação cambial.

Diante disso, o crime de evasão de divisas deve ser analisado neste contexto, entendendo que a preocupação do Estado em fiscalizar a movimentação cambial (e não controlar sua oferta no mercado interno) reflete diretamente o injusto do crime de evasão de divisas, o qual, repete-se, tem caráter protetor acessório à tutela principal e direta que é regida pelo RMCCI.

O injusto da evasão de divisas se projeta, portanto, não na remessa do valor monetário em si (preocupação de um Estado que atua diretamente no mercado de câmbio), mas na ausência de informação dessa transferência ao Sisbacen (preocupação de um Estado que atua indiretamente no mercado de câmbio).

Diante desse quadro econômico (e seu consequente quadro legislativo regulador que deixou de proibir a remessa em si de divisas ao exterior), o presente trabalho demonstrou como essa mudança do injusto contido no crime de evasão de divisas surtiu consequências diretas no que pode ser considerado produto do crime de evasão de divisas.

Assim, utilizando-se do método de supressão hipotética da conduta delituosa é que, por não ser mais proibida a remessa, o único evento danoso decorrente exclusivamente da prática do crime previsto no art. 22 da Lei 7.492/1986 é a sonegação de informação do Sisbacen. O valor remetido, portanto, não é produto, vez que a remessa é uma ação, em si, lícita. Apenas ilícita porque praticada à mingua do controle estatal.

O produto da evasão de divisas, diante dessa análise, é a omissão de informação do Sistema do Banco Central. No entanto, isso não pode ser considerado produto de crime que enseje lavagem, pois o crime antecedente da lavagem de capitais deve gerar produto aferível em valor. Ocorre que informação em um sistema não tem essa qualidade.

Daí se extrai que as divisas, por não serem produto da evasão de divisas – podendo ser classificadas como mero instrumento, ou qualquer outra natureza, sendo certo que não são produtos –, não podem ser lavadas.

Ou seja, aquilo que é aferível em valor não é produto da evasão, e aquilo que é produto da evasão não é aferível em valor. Seja como for, a lavagem de qualquer um desses elementos não é praticável, já que, para tal, deve ser ao mesmo tempo produto de crime e aferível em valor.

Por outro lado, o que se conclui também dessa análise sistemática da tutela atual do crime de evasão de divisas é que o injusto da conduta – novamente,

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

diante da atual regulação do mercado cambial que não proíbe a remessa, mas apenas sonegar a existência da operação ao Sisbacen –, se resume a praticar uma movimentação financeira de remessa de divisas ao exterior à míngua do controle estatal ou órgãos de informação.

Essa conduta está revestida de um elemento de injusto idêntico ao da lavagem de capitais – que nada mais é do que movimentar capital ao arrepio da fiscalização – com a diferença de que, no caso da lavagem, esse capital deve ser necessariamente proveniente de crime, e no caso da evasão, não. No entanto, o injusto de sonegar informação do Estado é o mesmo em ambos os tipos penais, independentemente do bem jurídico afetado.

Diante do exposto, conclui-se que o crime de evasão de divisas não pode ser considerado antecedente do crime de lavagem de dinheiro, a um porque não gera produto aferível em valor, e a dois porque o injusto de sua conduta se confunde exatamente com a conduta de escamotear capitais.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BOTTINO, Thiago. Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas. *RBCCrim*, vol. 21, n. 101, p. 125-153. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2013.

CORDERO, Isidoro Blanco. El delito fiscal como actividad delictiva previa del banqueo de capitales. *Revista Eletrónica de Ciencia Penal e Criminologia*, ISS 1695-0194, 2011.

CRUZ, Flavio Antônio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. *RBCCrim*, vol. 18, n. 86. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2010.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedade*. Madrid: Colex, 2003.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O crime de evasão de divisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. A associação entre o ilícito administrativo e o ilícito penal no exemplo do crime de evasão de divisas. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Rachel de Paula (coord.). Estudos de direito público. Campo Grande: Cepejus, 2009.

FORNAZARI JUNIOR, Milton. A legitimidade do crime de evasão de divisas como norma penal em branco e sua legislação integradora. *Revista Criminal*: ensaios sobre a atividade policial, vol. 2, n. 4. São Paulo, jul.-set. 2008.

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

FOSSARD, Denise. A lavagem de dinheiro e a lei brasileira. *Revista Magister de Direito Penal Processual Penal*, vol. 1, n.1, p. 22-30, Porto Alegre, ago.-set. 2004.

GRECO, Luis. Ofensividade e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim* 49/89, São Paulo: Ed. RT, jul. 2004.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do erro sobre os elementos em branco das leis penais: uma análise a partir do direito penal socioeconômico brasileiro*. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2012.

MOLINA MANSILLA, Maria del Carmen. El delito básico de blanqueo de capitales del articulo 301 del Código Penal. La Ley Penal. *Revista de derecho penal, processual y penitenciário*, vol. 4, n. 42. Madrid.

NUNES, Ricardo Pieri. Evasão de divisas. *RBCCrim*, vol. 14, n. 62. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2006.

REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições do direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general*. t. I: fundamentos. la estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

SIDI, Ricardo. Evasão de divisas como crime antecedente do tipo de lavagem de capitais. *Boletim IBCCrim*, vol. 14, n. 163. São Paulo: Ed. RT, 2006.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Doutrina do "direito e desenvolvimento" e a expansão do direito penal econômico no Brasil: reflexões a partir do crime de evasão de divisas, de Raquel Lima Scalcon – *RBCCrim* 110/175 (DTR\2014\18441); e
- Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas, de Thiago Bottino – *RBCCrim* 101/125 (DTR\2013\2666).

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 369-392. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

82161

LAVAGEM DE DINHEIRO: A TUTELA PENAL SOBRE A TRANSPARÊNCIA DA ORDEM ECONÔMICA

MONEY LAUNDRY: THE APPLICABILITY OF CRIMINAL LAW ON THE TRANSPARENCY OF THE ECONOMIC ORDER

TAPIR ROCHA NETO

Mestrando em Ciências Criminais e Especialista em Ciências Penais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado criminalista.
tapirneto@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Penal; Financeiro e Econômico

RESUMO: O presente trabalho propõe uma análise dogmática em relação à promulgação da Lei 12.683/2012 e à manutenção, por omissão do legislador, da problemática que envolve a tipicidade do delito de lavagem de dinheiro. A dúvida no que se refere ao real objeto de tutela da norma incriminadora por vezes permite o alcance do direito penal a pessoas que realizaram condutas cujo desvalor não estava objetivamente abarcado pela lei, culminando em uma ilegítima intervenção penal desvinculada de um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, busca-se, pois, estabelecer critérios objetivos de imputação a partir do contexto econômico-sociológico de heterorregulação estatal na economia, no qual foi inserida a tipificação do delito de lavagem de dinheiro.

PALAVRAS-CHAVE: Lavagem de dinheiro – Bem jurídico protegido – Transparência – Ordem econômica – Direito penal.

ABSTRACT: The present work suggest a dogmatic analyses in respect to promulgation of Law number 12.683/2012 and to continuation, by legislator omission, of the problem that involve money laundry crime vagueness doctrine. The doubt concerning to the real object of protection of incriminate norm sometimes aloud the reach of criminal law to people that realizes conducts which disvalue wasn't objectively embraced by law, terminating in an illegal criminal intervention detached of Democratic State of Law. Thereby, seeks to, therefore, create objectives standards of imputation from the economic-sociological context of state regulation in economy, on which was introduced the money laundry crime vagueness doctrine.

KEYWORDS: Money laundry – Legal property protected – Transparency – Economic order – Criminal law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Lei 12.683/2012: os (possíveis) problemas dogmáticos decorrentes da irrestrita abertura do tipo penal da lavagem de capitais – 3. O contexto econômico-sociológico como paradigma à criminalização – e constatação do objeto de tutela – do crime de lavagem de capitais – 4. Considerações finais.

ROCHA NETO, Tapir. Lavagem de dinheiro: a tutela penal sobre a transparência da ordem econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 393-412. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 12.683, promulgada em 09.07.2012, trouxe inovações em relação à tipificação da conduta de lavagem de dinheiro, principalmente no que se refere à extinção, no ordenamento jurídico pátrio, da necessidade de ocorrência de determinados delitos antecedentes para a sua caracterização. Uma leitura superficial do tipo penal permitiria a compreensão de que toda e qualquer forma de conduta positivada como infração penal teria aptidão para a materialização da reciclagem de capitais, bastando que o proveito auferido por um delito ou por uma contravenção penal fosse ocultado ou dissimulado. Contudo, essa análise temerária e tão abrangente do ilícito-típico – potencialmente capaz de gerar inúmeros problemas dogmáticos de interpretação legal – deve encontrar uma delimitação material, tomando-se a premissa do conceito jurídico-penal de crime enquanto ofensa a bens jurídicos, a partir do momento em que verificamos o objeto de tutela da norma penal criminalizadora do branqueamento de capitais. Nesse aspecto, indaga-se: qual seria, então, a ofensa que estaria circunscrita aos limites objetivos do delito de lavagem de dinheiro?

2. A LEI 12.683/2012: OS (POSSÍVEIS) PROBLEMAS DOGMÁTICOS DECORRENTES DA IRRESTRITA ABERTURA DO TIPO PENAL DA LAVAGEM DE CAPITAIS

O legislador brasileiro, a partir de 09.07.2012 (Lei 12.683), alterou significativamente o tipo penal correspondente à lavagem de dinheiro. Isso porque modificou substancialmente a redação do art. 1.º da Lei 9.613/1998, que passou a definir a reciclagem de capitais pela conduta de "ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal".

É dizer: a necessidade da ocorrência prévia de determinados crimes para a materialização da lavagem de dinheiro foi extirpada do ordenamento jurídico pátrio. Atualmente, com a novel legislação, basta que a ocultação ou a dissimulação seja originária de infração penal (englobando até mesmo contravenções penais), para que seja possível falar em imputação de branqueamento de capitais. Houve no Brasil, portanto, uma alteração de gerações no âmbito da lei de lavagem de dinheiro: a legislação brasileira, que anteriormente caracterizava-se como uma lei de segunda geração – já que possuía um rol fechado de delitos antecedentes –, agora passou a ser considerada como uma lei de terceira geração, em que não há exigência da prática de um crime anterior predeterminado para que venha a se consumar o delito de branqueamento.

ROCHA NETO, Tapir. Lavagem de dinheiro: a tutela penal sobre a transparência da ordem econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 393-412. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

Essa modificação legislativa trazida pela Lei 12.683/2012 parece ter gerado retrocessos em relação à tipificação objetiva do crime de lavagem de dinheiro. Em que pese existir entendimentos no sentido de que a nova Lei foi um avanço – como, por exemplo, Passos de Freitas,[1] Martins de Andrade[2] e Saadi[3] –, é possível perceber que o legislador penal foi muito além de qualquer critério de razoabilidade conferido para o legítimo exercício da atividade legislativa.

Conforme relembram Bottini e Badaró,[4] a irrestrita abertura dispositiva para considerar qualquer infração penal passível de ocasionar o crime de branqueamento de capitais sufraga o receio que fez com que legislador originário da Lei 9.613/1998 optasse pela forma do rol fechado de crimes antecedentes: evitar a banalização e a massificação da lavagem de dinheiro no Brasil.

Analisando o tipo penal como está atualmente definido, percebe-se que a alteração legal acabou por incidir em problema semelhante àquele que Feldens[5] classifica como "incoerência endonormativa". Mas não apenas no sentido dado pelo autor "quando o legislador introduz nova figura penal, ou atribui-lhe uma nova pena, que nitidamente desborda do *standard* de sanções previstas para fatos semelhantes", como também em relação ao contrassenso verificado pelo fato de que a novel legislação vai de encontro aos decretos que incorporaram ao ordenamento jurídico interno os compromissos internacionais firmados pelo Brasil nas Convenções realizadas com o intuito de constituir um "regime internacional de proibição",[6] visando estabelecer procedimentos e normas universais de controle, regulação e tipificação desse delito.

1. PASSOS DE FREITAS, Vladimir. Lei de Lavagem de Dinheiro é um passo à frente. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-jul-15/segunda-leitura-lei-lavagem-dinheiro-passo-frente]. Acesso em: 21.09.2013.
2. MARTINS DE ANDRADE, Fábio. Nova Lei de Lavagem de Dinheiro chega em boa hora. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-ago-20/fabio-andrade-lei-lavagem-dinheiro-chega-boa-hora?pagina=3]. Acesso em: 21.09.2013.
3. SAADI, Ricardo. O combate à Lavagem de Dinheiro. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 237/7, ano 20, ago. 2012.
4. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 83.
5. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a Constituição penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 161.
6. DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 138.

Deveras, de um lado, nosso País se compromete a produzir texto legal que criminalize a lavagem de dinheiro oriunda apenas de crimes graves – como tráfico internacional de drogas (Convenção de Viena – Dec. 154, de 26.06.1991),[7] como aqueles praticados pelo crime organizado (Convenção de Palermo – Dec. 5015, de 12.03.2004)[8] e como a Corrupção (Convenção de Mérida – Dec. 5.687, de 31.01.2006)[9] – mas, de outro, promulga a Lei 12.683/2012 que estabelece inclusive contravenções penais como possíveis antecedentes à reciclagem de capitais.

Verifica-se, no particular, verdadeira e clara dissonância legislativa no âmbito do ordenamento jurídico interno pátrio, circunstância que – a despeito de não deslegitimar a criminalização da conduta de lavagem de dinheiro – concebe-se como a fratura exposta da descriteriosa atuação legislativa.

Mas não é só: a partir da vigência da nova lei, qualquer conduta penalmente relevante que gerar proveitos patrimoniais aparentemente poderá ensejar um processo criminal também por lavagem de dinheiro, caso haja ocultação ou dissimulação da origem dos bens/valores obtidos através da prática criminosa antecedente.

Isso significa dizer que agora, por exemplo, poderá o taxista, que dirige sem a habilitação necessária para circular com o táxi – vindo a incidir na infração penal prevista no art. 47 da LCP[10] (Dec.-lei 3.688/1941) cuja pena varia de quinze dias a três meses – incorrer na mesma sanção de três a dez anos prevista para o traficante internacional de drogas que lava o dinheiro oriundo do comércio ilegal de entorpecentes, caso venha a ocultar ou dissimular os valores obtidos em cada "corrida" efetuada.

Igual hipótese de pena exacerbada também poderá ser destinada ao autor do furto de coisa de pequeno valor, que – paradoxalmente beneficiado pelo mesmo legislador com a causa de diminuição de pena prevista no § 2.º do art. 155 do CP – venha a encobrir o proveito objeto da subtração.

---

7. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm]. Acesso em: 08.05.2013.
8. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm]. Acesso em: 08.05.2013.
9. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm]. Acesso em: 20.05.2013.
10. Dec.-lei 3.688/1941, art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

Nesse aspecto, indaga-se: mostra-se adequada, necessária e estritamente proporcional a nova previsão? A resposta tende a voltar para a opção negativa. A problemática da Lei 12.683/2012, agora, parece dirigir-se à violação ao princípio da proporcionalidade, notadamente sob o prisma da proibição de excesso, que limita o Estado – enquanto legislador –, a pretexto de tipificar infrações penais – de cometer abusos na restrição de direitos fundamentais, sobretudo no que se refere à liberdade individual.

Ora, se "o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cabalas"[11] e se a limitação do direito fundamental (liberdade *latu sensu*) "deve ser idônea para a proteção eficaz do bem jurídico (...), necessária, o que não se sucederá quando existam alternativas mais suaves, e proporcional em sentido estrito, o que significa que se encontre em uma relação de congruente com a importância e o significado do direito fundamental",[12] parece inegável que o legislador brasileiro avançou o sinal e ultrapassou o limite máximo que lhe é constitucionalmente imposto quando – deixando de estipular hipóteses alternativas mais equilibradas e simétricas – permitiu que seja conferida pena de até 10 anos de reclusão ao agente que, como vimos no exemplo acima, encobre os proveitos econômicos de uma mera contravenção penal (dirigir táxi sem licença) cuja sanção máxima não excede a três meses.

Como se não bastasse, a abertura ilimitada de infrações antecedentes à lavagem de dinheiro também aparenta incorrer em inobservância ao princípio da legalidade da lei penal. Pitombo,[13] em 2003 – antes, portanto, da promulgação da Lei 12.683/2012 –, já registrava:

"O princípio da taxatividade, a seu turno, impõe a elaboração de *numerus clausus*, quanto aos delitos prévios. Também determina que a menção a cada crime antecedente deve corresponder à nomenclatura adotada pela lei que o tipificou. Enfim, a ordem de crimes antecedentes deve seguir algum critério, como o da maior à menor gravidade entre eles".

11. STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris* 32/171-202, Porto Alegre/RS, 2005.

12. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a Constituição penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 150.

13. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Ed. RT: 2003. p. 97.

Zenkner Schmidt,[14] em relação à taxatividade decorrente do princípio da legalidade da lei penal, discorre acerca do enunciado *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, registrando a necessidade de que: "a norma penal seja determinada quanto ao seu conteúdo e abrangência, visto que, do contrário, não será dada a possibilidade de o povo tomar conhecimento, *a priori*, do verdadeiro limite da ilicitude penal, além do que o exato alcance da proibição penal acabaria sendo delimitado pelo Poder Judiciário, no momento em que a sentença fosse proferida. Pelo respeito ao princípio da certeza do direito, portanto, os associados podem ter do direito um critério seguro de conduta, somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as consequências de seu comportamento. Ora, a certeza só é garantida quando existe um corpo estável e claro de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias se fundam nas normas nela contidas, e não em outros critérios".

Ou seja: a lei penal precisa delimitar precisa e previamente as condutas em relação às quais deverá incidir o mandado de proibição. É vedada, pois, a utilização de enunciados legais vagos e inexatos. A segurança jurídica, no que se refere à garantia de que cada cidadão possa ter conhecimento prévio à ação acerca do que é – ou não – penalmente relevante e proibido, está diametralmente ligada à necessidade de um trabalho legislativo conciso e ausente de indeterminismos.

Todavia, a novel legislação sobre lavagem de dinheiro parece não ter levado em consideração essa imposição constitucional. Com efeito, ao afastar o rol fechado de crimes prévios para aceitar inclusive contravenções como antecedentes à reciclagem de capitais, o legislador acabou por abrir um leque com uma infinidade de ações inimagináveis que poderão dar ensejo ao crime de branqueamento de capitais. Tal atuação legislativa dá a impressão de que está caminhando inteiramente em sentido contrário à necessidade da taxatividade da norma penal incriminadora, sobretudo porque não apresenta aspectos claros e determinados que permitam definir a conduta que pode, ou não, vir a ser considerada como lavagem de dinheiro.

Outra questão que gera preocupação com a promulgação da nova lei refere-se a outro aparente descompasso existente no âmbito do pensamento da política-legislativa criminal brasileira. Tal fator é percebido a partir da análise do trabalho realizado pela Comissão de Juristas para a Elaboração de Anteprojeto de Código Penal, criada pelo Requerimento 756/2011, do Senador Pedro Ta-

14. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 136.

ques (aditado pelo Requerimento de n. 1.034/2011, do Senador José Sarney), que, em junho de 2012, apresentou relatório final contendo o histórico das atividades, o anteprojeto de novo Código Penal e a exposição de motivos das propostas efetuadas.[15]

Ora, no art. 543 do referido documento, há expressa previsão de revogação do Dec.-lei 3.688/1941 (Decreto-lei das Contravenções Penais). Conquanto o texto final ainda tenha de se submeter à apreciação de ambas as Casas do Congresso Nacional, denota-se o modo antagônico como vem pensando a política criminal brasileira no que se refere à repressão da prática de condutas ilícitas. Em um plano, produz novo tipo penal da lavagem dinheiro abarcando a ocultação ou dissimulação de proveitos econômicos oriundos de contravenções penais; no outro, apresenta sugestão de legislação que prevê a revogação das contravenções penais do ordenamento jurídico pátrio.[16]

Seguindo nessa linha de paradoxos aparentemente lançados pela autoridade legiferante brasileira, Bottini e Badaró sustentam também que, com a total abertura do rol de infrações antecedentes à lavagem de dinheiro, "corre-se o risco de retroceder em toda a política de desencarceramento promovida pelo legislador com a aprovação da Lei 12.403/2011 (Lei das cautelares penais)".[17] Com efeito, esse diploma[18] modificou também o art. 313, I, do CPP,[19] vedando, a *contrario sensu*, a prisão preventiva nos crimes dolosos com pena máxima inferior ou igual a quatro anos. Nesse aspecto, referem que, em delitos cuja san-

15. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1]. Acesso em: 04.06.2013.

16. No particular, vale o registro de que o anteprojeto não revogou integralmente as contravenções penais, já que acabou alçando à categoria de crimes as antigas contravenções de perturbação do sossego (art. 257) e a exploração dos jogos de azar e do bicho (art. 258). A título informativo, cumpre referir que a lavagem de dinheiro, por sua vez, ganhou tipo penal próprio dentro da proposta de novo Código Penal: o art. 371 disciplinou como delito a conduta de "ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime".

17. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 82.

18. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm]. Acesso em: 05.06.2013.

19. CPP, art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

ção está aquém do limite fixado pelo novo dispositivo do estatuto processual penal – como é o caso do furto (o estelionato, em que pese tenha sido citado na obra, acaba não se enquadrando na hipótese, pois tem pena máxima estipulada em cinco anos) – agora caberá a prisão preventiva, tendo em vista a possibilidade da prática concursiva destes crimes com a lavagem de dinheiro, "pois a pena resultante da acumulação material será maior do que os 4 anos indicados na lei das cautelares".[20]

Ainda que tal argumento centralize as atenções exclusivamente para a infração penal antecedente, relevando a autonomia da lavagem de dinheiro – que tanto pela redação da Lei 9.613/1998, como da Lei 12.683/2012, possui(ía) pena máxima que viabiliza(va) a decretação da custódia cautelar (dez anos) –, não deixa de ser outro ponto importante que também conduz a impropriedade da novel legislação sobre o crime de reciclagem de capitais, sobretudo porque revela mais uma vez a atuação incoerente da política-legislativa criminal brasileira.

3. O CONTEXTO ECONÔMICO-SOCIOLÓGICO COMO PARADIGMA À CRIMINALIZAÇÃO – E CONSTATAÇÃO DO OBJETO DE TUTELA – DO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Todas essas problemáticas talvez sejam símbolo da ausência de definição em relação a qual é efetivamente o objeto de tutela do delito de lavagem de dinheiro. O reflexo dessa falta de fixação do elemento dotado de dignidade penal na reciclagem de capitais está certamente incidindo e influenciando a imprecisão da novel atividade legislativa.

Essa dificuldade de delimitação, contudo, também se revela aparente nas controvérsias existentes na doutrina, que, seja no âmbito nacional ou internacional, ainda não conseguiu estabelecer de forma clara e taxativa a ofensa que o delito de lavagem de dinheiro está preocupado em evitar e prevenir.

A superação desse problema central, por certo, passa inicialmente pela análise do contexto social em relação ao qual estava inserida a economia mundial quando se iniciaram as movimentações internacionais para criminalizar a lavagem de dinheiro. Se todo mandado de criminalização advém de um evento histórico-social, mostra-se essencial conhecer a realidade econômica existente nos países de economia de mercado para ter condições de – somente em um

20. Ibidem, p. 82.

momento posterior – compreender o objeto que tal norma penal está preocupada em proteger.

Precisamente no final do século XX, houve uma mudança significativa em relação à noção econômica de livre mercado e de livre concorrência. Os macroeconomistas entraram em relativo consenso[21] no sentido de que ao Estado é dada a incumbência de atuar ativamente na garantia da transparência dos fluxos econômicos. Uma concorrência só pode ser considerada efetivamente livre se fornece a todos operadores condições simétricas de possibilidade de acesso a informações que sejam relevantes para a tomada de decisões de mercado.

O mercado financeiro sobrevive lidando com o seu risco inerente que se deve à incerteza dos fluxos econômicos. Contudo, tem muito mais dificuldade de funcionamento em situações nas quais não há paridade de informações entre as pessoas.[22] Nesse sentido, o Estado deve garantir que não haja privilégios de certas pessoas/empresas em detrimento de outras, permitindo-se que sejam criadas oportunidades igualitárias para a democratização do acesso aos mercados reais e financeiros.[23]

Justamente nesse novo cenário econômico, em clara ruptura do pensamento clássico liberal do afastamento da intervenção estatal (*visible hand*), surge a concepção da existência da ética no mercado financeiro, em que as informações são sinalizadas (informação privilegiada compartilhada), como uma maneira de mostrar credibilidade e boa reputação perante o mercado, para reduzir o fator da seleção adversa que impediria a realização de transações econômicas mutuamente benéficas.[24] Com efeito, esse recente pensamento econômico conduz à compreensão de que o funcionamento do mercado a partir do emprego desse novo axioma é que permitirá uma livre concorrência idealmente competitiva, justa e, sobretudo, transparente.

Esse atual contexto econômico-sociológico revela-se fundamental para a análise do objeto de tutela do delito de lavagem de dinheiro, sobretudo quando

21. BLANCHARD, Olivier. *Macroeconomia*. Trad. Luciana do Amaral Teixeira. 5. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011. p. 546-556.

22. KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Trad. Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 484.

23. ANDRADE, Adriana; ROSSETI, José Paschoal. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 49.

24. KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Trad. Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 485.

reconhecida como correta a premissa de que a existência de um crime esteja condicionada à constatação de uma concreta ofensa ao bem jurídico protegido pela norma.

Com efeito, D'Avila explica que a criminalização não pode ser compreendida simplesmente a partir de interesses de política criminal focalizados na prevenção – exercida através da sanção penal – de futuras práticas delitivas semelhantes. Na verdade, a violação de um cuidado-de-perigo em sua significação ôntica é que fundamenta a intervenção penal, o que nos permite conceber que o tipo penal tem o seu alcance determinado exatamente pelos limites do objeto do ilícito. É dizer: uma vez superada a visão de delito enquanto mera infração de dever, somente se poderá cogitar o inicial exame de uma imputação objetiva da ação praticada pelo agente quando a sua conduta efetivamente cause (ou tenha condições de causar) o dano ou o perigo exigido pelo objeto de proteção da norma penal.[25]

No caso da lavagem de dinheiro, a discussão acerca da definição do bem jurídico tutelado pelo tipo é complexa e intricada. Isso porque – talvez devido à ausência de análise desse contexto histórico-econômico em que inserida a criminalização da reciclagem de capitais – não há unanimidade na doutrina no que se refere à fixação sobre qual seria efetivamente o valor supralegal que a lei penal teria como função proteger.

Há corrente doutrinária que sustenta a ideia de que o bem jurídico protegido pelo crime de lavagem de dinheiro é idêntico àquele resguardado pelo delito antecedente. Ou seja: se os ativos financeiros que geraram a lavagem de dinheiro foram originados a partir de um roubo, a conduta de ocultar ou dissimular esses capitais estaria também ofendendo o patrimônio da vítima.

Essa concepção parte, portanto, do pressuposto da "pluriofensividade" do delito de branqueamento de capitais,[26] no sentido de que tal conduta tem aptidão para ofender diversos bens jurídicos, mas a sua definição dependeria necessariamente de cada caso concreto, a partir da análise da infração anterior.

Por mostrar-se como uma indicação claramente genérica, diversas críticas foram atribuídas acerca dessa compreensão. Pitombo, por exemplo, aponta que tal entendimento almeja criar um supertipo, cuja função seria atuar nas

25. D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 57-72.

26. FELDENS, Luciano; POETA, Débora. *Comentários às disposições penais e processuais da Lei 9.613/1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 212.

hipóteses de ineficácia do tipo penal antecedente.[27] Ademais, questiona-se a possibilidade de tornar novamente crime a afetação de um bem jurídico já lesado, atingido por uma conduta pretérita (e que agora é núcleo do crime de branqueamento de capitais), haja vista a proibição do *bis in idem*. Ainda, Bottini e Badaró sustentam que essa ideia de ligação com o crime antecedente vai à contramão da construção da política criminal de combate à lavagem de dinheiro, na medida em que "a estratégia central do enfrentamento destas práticas é a progressiva autonomia categorial do delito de reciclagem".[28] Com efeito, se formos analisar a conduta propriamente dita de lavagem de dinheiro – a ocultação e/ou a dissimulação –, verificaremos que ela efetivamente não viola o bem jurídico do crime antecedente: um traficante de drogas, por exemplo, não está afetando a saúde pública quando investe o capital adquirido com o tráfico na compra de ações no mercado financeiro.

Outra linha de pensamento defende que o objeto de tutela da norma da lavagem de dinheiro seria a Administração da Justiça, sendo compreendida basicamente como a capacidade do poder persecutório exercer suas funções investigatórias, atingindo suas metas e finalidades, sobretudo a recuperação do produto do delito e a punição do sujeito ativo da infração penal.

Tal entendimento adota a justificativa de que o autor da lavagem de dinheiro dissimula ou oculta a origem dos valores obtidos ilicitamente, visando impedir a persecução penal perpetrada pelas autoridades competentes. A conduta seria penalmente relevante porque refrearia o descobrimento do delito antecedente e obstaculizaria o bloqueio dos bens espuriamente adquiridos. É como assentam Badaró e Bottini:[29]

"A lavagem aqui é entendida como um processo de mascaramento que não lesiona o bem originalmente violado, mas coloca em risco a operacionalidade e credibilidade do sistema de Justiça, por utilizar complexas transações a fim de afastar o produto de sua origem ilícita e com isso obstruir seu rastreamento pelas autoridades públicas. (...) Vale nota que a administração da justiça é considerada aqui sob uma perspectiva ampla, compreendendo o exercício da atividade jurisdicional e de todos os demais institutos envolvi-

27. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 74.

28. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 51.

29. Ibidem, p. 53.

dos na solução institucional de conflitos e na apuração de fatos necessário para tal."

No mesmo sentido, Tigre Maia[30] aduz que os comportamentos incriminados no crime de lavagem de dinheiro: "vulneram o interesse estatal em identificar a proveniência de bens e os sujeitos ativos de ilícitos que os geraram, em desestimular a sua prática, em reprimir a fruição de seus produtos e em lograr a punição dos seus autores, e desta forma podem afetar o regular funcionamento da Justiça. Ao mesmo tempo, nos delitos antecedentes, de repercussão também na esfera econômica ou patrimonial, cuida-se de impedir que o criminoso promova o maior distanciamento dos bens obtidos de seus legítimos titulares".

A premissa dessa corrente é, portanto, a seguinte: o crime de branqueamento de capitais está a proteger a Administração da Justiça devido às dificuldades e aos obstáculos criados pelo agente para a natural incidência do poder punitivo sobre o proveito dos crimes antecedentes.

Contudo, sobre esse aspecto, busca-se auxílio em Zenkner Schmidt para indagar: o que distinguiria a ocultação/dissimulação descrita na lei da lavagem de dinheiro e a ocultação/dissimulação imanente à maioria das infrações penais (o homicida não possui um cartão de visitas de assassino; o ladrão não personaliza o veículo furtado com um adesivo de "100% furto")[31]?

Sob os fundamentos sustentados pela concepção que entende ser a Administração da Justiça o objeto tutelado pela norma, seria correto imputar o crime de lavagem de dinheiro ao agente que furta um veículo e o esconde na garagem para vendê-lo em momento posterior, assim como ao sujeito que rouba um relógio, o utiliza, mas, quando passa em uma *blitz*, o esconde para que o policial não o perceba.

Esses exemplos – reveladores no sentido de que há efetivamente ocultações/dissimulações que ocorrem como condutas de mero exaurimento e de mera fruição do proveito de determinadas infrações penais – induzem à acepção de que a definição do objeto de tutela da norma de reciclagem de capitais pressupõe a análise da presença de uma circunstância especial, um verdadeiro fato diferencial que guarda estreita relação à higidez da ordem econômica. Ou será que pode se considerar correta a ideia de que o Estado, confessando

30. TIGRE MAIA, Rodolfo. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/1998*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 57.

31. ZENKNER SCHMIDT, Andrei. Lei 9.613 não protege a Administração da Justiça. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-abr-11/lavar-dinheiro-numa-economia-mercado-proteger-ordem-economica]. Acesso em: 02.06.2014.

implicitamente que não tem condições de punir o agente e recuperar o objeto da infração antecedente, repassaria aos cidadãos – em forma de tutela penal – o ônus que constitucionalmente lhe incumbe? Ora, se ninguém é obrigado a colaborar com a justiça (circunstância que se deriva da garantia constitucional de permanecer em silêncio, art. 5.º, LXIII, da CF/1988), parece evidente que não é essa a ofensa que está a legitimar a intervenção do direito penal quando da ocorrência do delito de lavagem de dinheiro.

Sobre esse aspecto, Faria Costa[32] refere:

"A incriminação das condutas penalmente relevantes se fundamenta em uma série de razões que não devem se confundir com as razões 'fracas' que eventualmente originam-se de motivos colaterais da mera eficácia de um sistema. Criar um tipo legal de delito para, deste modo, melhor ou mais facilmente desenvolver, de maneira legal, qualquer tipo de atividade persecutória constitui uma atitude político-legislativa pouco clara que, para além disso, pode ter efeitos perversos".

Zenkner Schmidt ressalta que os adeptos à concepção da Administração da Justiça como bem jurídico da lavagem de dinheiro justificam o afastamento da ideia da ordem econômica como objeto da tutela penal, sob o fundamento de que "ela [a ordem econômica] até poderia ser fomentada (exemplo: mediante a geração de empregos) com os recursos de origem ilícita".[33]

Aqui é que reside a equivocada premissa dessa parcela da doutrina acerca da matéria: a higidez de uma economia democrática e capitalista não é mensurada somente por sua capacidade de fomentar o mercado de trabalho. É, na verdade, principalmente medida a partir da transparência nas relações econômicas e verificada através do equilíbrio entre seus operadores, sobretudo para viabilizar efetivamente a livre concorrência e a livre iniciativa. Ora, justamente através desta cristalinidade que o Estado terá condições de exercer de forma efetiva as suas políticas econômicas, visando atender "os anseios de bem-estar da sociedade, de oferta de bens e serviços, de combate ao desemprego, de estabilidade de preços, de distribuição de riquezas e de crescimento econômico (PIB)".[34]

32. FARIA COSTA, José de. Lavagem de dinheiro – Algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal). *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas el honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletin Oficial del Estado, 1995. p. 668.

33. ZENKNER SCHMIDT, Andrei. Lei 9.613 não protege a Administração da Justiça. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-abr-11/lavar-dinheiro-numa-economia-mercado--proteger-ordem-economica]. Acesso em: 02.06.2014.

34. OLIVEIRA, Gilson; PACHECO, Marcelo. *Mercado financeiro*. 2. ed. São Paulo: Fundamento, 2010. p. 48.

A propósito, o interesse pela proteção à transparência dos fluxos financeiros está se tornando cada vez mais importante num contexto de desenvolvimento da economia. Relatório elaborado pelo Banco Mundial para a Cooperação Ásia-Pacífico (Apec),[35] em 2007, revela que o fortalecimento da transparência poderia alavancar as relações comerciais em pelo menos 7% ou U$ 148 bilhões.

Mas não é só: o redirecionamento da análise do objeto tutelado pela lei de lavagem dinheiro sob a perspectiva da higidez da ordem econômica ainda viabiliza "a recuperação da autonomia do objeto da tutela desempenhada por tal diploma legislativo em relação aos crimes antecedentes e de contenção do poder punitivo incidente na espécie".[36]

Zenkner Schmidt ainda faz referência à Carta-Circular 3.542,[37] editada em 12.03.2012 pelo Banco Central do Brasil, para demonstrar "que o Estado está muito mais preocupado com a inserção clandestina de recursos de origem ilícita no sistema financeiro do que, propriamente, com eventual prejuízo à administração da Justiça".[38] De fato, o exame desse documento revela claramente a intenção e o direcionamento da política estatal à defesa da ordem econômica, tendo em vista as diversas práticas nele descritas, como, por exemplo, as situações que envolvem operações em espécie (art. 1.°, I e II), aquelas relacionadas com cartões de pagamento (art. 1.°, VI), ou, ainda, as próprias operações de crédito (art. 1.°, VII).

Por essas razões que os exemplos expostos por Bottini e Badaró[39] acabam se mostrando insuficientes para demonstrar a ocorrência do crime de reciclagem de capitais. Deveras, os autores narram duas situações a partir da compra de

35. Disponível em: [http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTRESEARCH/EXTPROGRAMS/EXTTRADERESEARCH/0,,contentMDK:22666120~menuPK:5906968~pagePK:64168182~piPK:64168060~theSitePK:544849~isCURL:Y,00.html]. Acesso em: 02.06.2014.

36. ZENKNER SCHMIDT, Andrei. Lei 9.613 não protege a Administração da Justiça. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-abr-11/lavar-dinheiro-numa-economia-mercado-proteger-ordem-economica]. Acesso em: 02.06.2014.

37. A Carta-Circular 3.542/2012 foi editada para divulgar as "operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência dos crimes previstos na Lei 9.613/1998, passíveis de comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf)". Disponível em: [www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=c_circ&ano=2012&numero=3542]. Acesso em: 02.06.2014.

38. Ibidem.

39. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 57-58.

um barco pelo preço de mercado – circunstância que, segundo eles, afastaria, em ambos os casos, a ofensa à ordem econômica – por um sujeito que roubou um banco. Na primeira hipótese, sustentam que não haveria lavagem de dinheiro, pois o barco foi comprado diretamente no nome do agente. Já na segunda, afirmam que a conduta típica do branqueamento de capitais se perfectibilizou (ainda que não houvesse ofensa à ordem econômica), na medida em que o sujeito comprou o barco em nome de uma empresa laranja.

Ao contrário do que aduzem, é possível constatar que em nenhum dos casos houve de fato lavagem de dinheiro. Ora, se a reciclagem de capitais protege a ordem econômica e somente ocorre quando houver vulneração da livre concorrência e, em segundo plano, da credibilidade, da estabilidade e da solidez do sistema financeiro, sob o fundamento baseado essencialmente na quebra da confiança, isto é, quando o sujeito de boa-fé é ludibriado, pois pressupõe no mercado que o concorrente irá cumprir as regras do jogo[40] –, parece inegável que, mesmo no caso do agente que comprou o barco em nome da empresa laranja, a conduta – porque inapta a afetar os valores acima referidos – revelar-se-ia em mero exaurimento do crime de roubo anterior, consistente na ocultação/dissimulação imanente ao próprio delito, a fim de utilizar-se efetivamente do proveito do crime antecedente.

Acredita-se que teríamos uma situação diversa, por exemplo, se o barco tivesse sido integrado ao capital patrimonial de uma empresa, circunstância que poderia gerar ofensa à transparência do mercado empresarial, a partir da afetação à igualdade de condições da concorrência – pois, enquanto uma empresa funciona com dinheiro e bens ilícitos, a empresa do concorrente atua apenas com recursos lícitos –, subvertendo a livre iniciativa e a livre concorrência.

Tendo em vista que toda infração penal que gere proveitos patrimoniais quantificáveis traz, em si, uma exigência mínima de clandestinidade – seja em sua execução, seja em seu exaurimento[41] –, não seria possível afirmar que a im-

40. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 2. ed. Editorial Aranzadi: Cizur Menor (Navarra), 2002. p. 219-230. Em sentido semelhante, Cavero afirma que: "el bien jurídico está constituído por la expectativa normativa de conducta de que el tráfico de los bienes se mueve por operaciones o transacciones realizadas realmente con las reglas del libre mercado, de manera que existe la confianza general en los agentes económicos de que los bienes no tienen una procedência delictiva, sino que se ajustan a las reglas del tráfico jurídico-patrimonial" (CAVERO, Percy García. *Derecho penal económico – Parte especial*. Editora Jurídica Grijley, 2007. p. 490).

41. ZENKNER SCHMIDT, Andrei. A delimitação do direito penal econômico a partir do objeto do ilícito. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; e DIAS NETO,

putação do crime de lavagem de dinheiro pressupõe um algo a mais? É dizer: para que a intervenção penal possua legitimidade na atribuição, ao agente, da prática do delito de reciclagem de capitais, não haveria a necessidade de que a vantagem obtida através de infração penal seja introduzida ou reinvestida em fluxos econômicos do mercado financeiro camuflada de legalidade?

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se ignora os grandes problemas dogmáticos decorrentes da análise do ilícito-típico da lavagem de capitais, também mantidos pela omissão do legislador brasileiro, que se olvidou em indicar qual seria o bem jurídico tutelado por tal norma penal incriminadora quando da promulgação da Lei 12.683/2012.

É bem verdade que, modernamente, quando as relações sociais (sobretudo, as econômico-financeiras) passaram a envolver interesses supraindividuais – e não apenas bens individualmente aferidos – a atividade legislativa passou a ser maior enredada. Em decorrência dessa dificuldade, sérias inconsistências em relação à criminalização de condutas foram promulgadas e, por consequência, nortearam uma equivocada interpretação jurídico-doutrinária acerca desses novéis dispositivos legais.

Contudo, uma vez aceito que a legitimidade do direito penal deve buscar a sua fundamentação nas relações de cuidado-de-perigo, é justamente essa linha que deve sempre influenciar a atuação do intérprete ao analisar as relações sociais econômicas (dos particulares em si e em relação às instituições econômicas do Estado) que foram atribuídas de dignidade penal pelo legislador.

O binômio Estado-Economia, num contexto de globalização com raízes democráticas, tem demonstrado que o êxito do desenvolvimento social vem cada vez mais exigindo a substituição de modelos de abstenção institucional do Estado (*invisible hand*) por padrões de heterorregulação estatal da economia de mercado. É nítido perceber que as relações de perigo foram incrementadas sempre que o Estado mostrou-se omisso e afastado perante fluxos econômicos. O contexto histórico sociológico-econômico, nesse particular, inclinou-se para a adoção de políticas econômicas tendentes a regular uma economia que deve ser livre, mas também promotora da igualdade social através da paridade na disponibilização de oportunidades e informações. Há um relativo consenso no sentido de que a excelência de uma política econômica depende da transpa-

---

Theodomiro (coords.). *Direito penal econômico: Crimes financeiros e correlatos (Série GVlaw)*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51.

rência de uma economia de mercado, apta – somente dessa forma – a garantir a livre iniciativa e a livre concorrência.

Com essa visão é que o direito penal, na verdade, foi chamado a auxiliar na tutela dessa democratização econômica. E eventuais ofensas a ela dirigidas podem legitimamente se submeter ao poder sancionatório estatal que, num primeiro momento, deve dar-se em termos administrativos, mas, em casos de maior relevância, também através do direito penal (fragmentariedade).

A leitura econômica do bem jurídico protegido, portanto, é fundamental para a correta aplicação do direito posto e para a sua escorreita interpretação legal. A premissa adequada à solução do problema do bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro situa-se no correto exame teórico do objeto de proteção positivado pela Lei 12.683/2012 (o mesmo existente na Lei 9.613/1998): uma breve análise nos rumos da democratização global da economia contemporânea mostra-se necessária para compreendermos que uma política econômica hígida não é medida apenas por sua capacidade de gerar renda ou emprego, mas, sobretudo, por sua habilidade de reduzir desigualdades sociais e – no ponto específico que nos interessa no presente estudo – de garantir que os fluxos econômico-financeiros ocorram e se processem de forma efetivamente transparente.

O crime de lavagem de dinheiro tem razão de existir exatamente porque tutela a transparência da economia de mercado, e não – conforme defende parte da doutrina penal – a Administração da Justiça. Numa palavra: pouco interessa que o proveito patrimonial de um crime financeiro ocorra de forma dissimulada a pretexto de dificultar uma eventual persecução penal pelos órgãos estatais – como assim ocorre com todas as práticas delituosas. O essencial para a materialização do crime de lavagem de capitais, ao invés disso, será a constatação de que o proveito econômico obtido pela infração penal antecedente foi (re)alocado, com aparência de licitude, nos sistemas econômicos de uma economia de mercado.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Adriana; ROSSETI, José Paschoal. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova lei de Lavagem de Dinheiro. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 237, ano 20, ago. 2012.

ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado financeiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BLANCHARD, Olivier. *Macroeconomia*. Trad. Luciana do Amaral Teixeira. 5. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 2. ed. Editorial Aranzadi: Cizur Menor [Navarra], 2002.

BOARATI, Vanessa. *Economia para o direito*. Barueri: Manole, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. As impressões sobre a lei de lavagem de dinheiro. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-jun-19/direito-defesa-lei-cade-descriminaliza-atos-beneficia-reus]. Acesso em: 02.06.2014.

_____. Nova Lei de Lavagem trará problemas à Justiça. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-jul-09/direito-defesa-lei-lavagem-dinheiro-trara-problemas-justica]. Acesso em: 02.06.2014.

CALEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei 9.613/1998*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAVERO, Percy García. *Derecho penal económico – Parte especial*. Ed. Jurídica Grijley. 2007.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. Trad. Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

FARIA COSTA, José de. Lavagem de dinheiro – Algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal). *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas el honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletin Oficial del Estado, 1995.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a Constituição penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; POETA, Débora. Comentários às disposições penais e processuais da Lei 9.613/1998. *Teoria e prática dos procedimentos penais e ações autônomas de impugnação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. El Desatinado Delito de Blanqueo de Capitales. In: _____; BACIGALUPO, Silvina (eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro: Produtos e serviços*. 16. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

GARCIA, Manuel Enriquez; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Fundamentos de Economia*. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *Ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Trad. Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MARTINS DE ANDRADE, Fábio. Nova Lei de Lavagem de Dinheiro chega em boa hora. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-ago-20/fabio-andrade-lei-lavagem-dinheiro-chega-boa-hora?pagina=3]. Acesso em: 02.06.2014.

MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Gilson; PACHECO, Marcelo. *Mercado financeiro*. 2. ed. São Paulo: Fundamento, 2010.

PASSOS DE FREITAS, Vladimir. Lei de Lavagem de Dinheiro é um passo à frente. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-jul-15/segunda-leitura-lei-lavagem-dinheiro-passo-frente]. Acesso em: 02.06.2014.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

SAADI, Ricardo. O combate à Lavagem de Dinheiro. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 237, ano 20, ago. 2012.

SILVA, Cesar Antonio da. *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SINGER, Paul. *Aprender economia*. 25. ed. São Paulo: Contexto, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris* 32/171-202, Porto Alegre/RS, 2005.

TIGRE MAIA, Rodolfo. Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/1998. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZENKNER SCHMIDT, Andrei. A delimitação do direito penal econômico a partir do objeto do ilícito. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coords.). *Direito penal econômico: Crimes financeiros e correlatos (Série GVlaw)*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Lei 9.613 não protege a Administração da Justiça. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-abr-11/lavar-dinheiro-numa-economia-mercado-proteger-ordem-economica]. Acesso em: 02.06.2014.

_____. Não é razoável equiparar lavagem de dinheiro ao homicídio. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-jul-05/andrei-zenkner-nao-razoavel-equiparar-lavagem-dinheiro-homicidio]. Acesso em: 02.06.2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012), de Luiz Regis Prado – *RT* 926/401-436 (DTR\2012\451071);
- O que se protege no delito de lavagem de dinheiro? reflexões sobre um bem jurídico problemático, e simultaneamente aproximação à "participação" no delito, de Fernando Molina Fernández – *RDB* 64/363-394 (DTR\2014\5062);
- Prevenção à lavagem de dinheiro: novas perspectivas sob o prisma da lei e da jurisprudência, de Pierpaolo Cruz Bottini – *RDB* 67/163-195 (DTR\2015\7989); e
- Problemas pontuais da Lei de Lavagem de Dinheiro, de André Luís Callegari – *RBCCrim* 31/183-200, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/237-257 (DTR\2000\313).

A INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO NO SISTEMA JURÍDICO-POLICIAL DURANTE A FORMAÇÃO DO ESTADO NACIONAL BRASILEIRO

THE INFLUENCE OF THE LIBERALISM IN THE JURIDICAL SYSTEM DURING THE MAKING OF THE NATIONAL BRAZILIAN STATE

VINICIUS BANDERA

Pós-doutorado em História Social (USP). Doutorado em Sociologia (UFRJ). Mestrado em Ciência Política (Unicamp). Professor na Escola Superior de Polícia Militar do Rio de Janeiro/Curso Superior de Polícia. Professor na Academia de Polícia Militar do Rio de Janeiro/Curso de Formação de Oficiais.
viniciusbandera@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Fundamentos do Direito

RESUMO: O liberalismo desempenhou um papel fundamental na formação civilizatória brasileira ao servir de arcabouço teórico para o rompimento com o colonialismo e para a construção do Estado e da sociedade nacionais. Mas, como veremos, foi um liberalismo adaptado pelos senhores rurais para construir um sistema jurídico-policial contra seus inimigos internos, especialmente os de natureza política e os marginais e criminosos de diversos tipos.

PALAVRAS-CHAVE: Modernização capitalista - Liberalismo - Sistema jurídico - Justiça - Polícia.

ABSTRACT: The liberalism had a fundamental role in the Brazilian civilization making, utilized like theorical basis against the colonization and to build the national State and society. A liberalism adapted by the slave holders to build a juridical system against their internal enemies.

KEYWORDS: Capitalism modernization - Liberalism - Juridical system - Justice - Police.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O liberalismo no Brasil - 3. A formação de um caldo cultural propício ao surgimento e desenvolvimento de uma ordem jurídico-policial de caráter autoritário - 4. A construção de um sistema jurídico-policial contra os inimigos internos com base no liberalismo conservador - 5. Conclusão - 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O liberalismo europeu foi exportado para a América em um momento extremamente oportuno, justamente quando os interesses (basicamente mercan-

BANDERA, Vinicius. A influência do liberalismo no sistema jurídico-policial durante a formação do Estado Nacional Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 415-441. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

tis) dos colonos se chocavam com os interesses metropolitanos de apertar o pacto colonial. O liberalismo surgiu como uma poderosa arma ideológica em favor dos colonos. De modo que, no continente americano, o liberalismo penetrou basicamente como oposição ao colonialismo, justamente quando Espanha e Portugal estavam em acentuada decadência econômica, militar e ainda fortemente apegados ao absolutismo, mercantilismo e colonialismo. A Revolução Industrial, que na segunda metade do século XVIII dera grande impulso para a Inglaterra tomar a dianteira como primeira potência econômica e militar, demonstrava ao mundo que a indústria e o livre-comércio, isto é, o capitalismo, representavam um avanço incomensurável de progresso civilizatório diante do *Ancien Régime*. Os colonos perceberam que era mais lucrativo comerciar diretamente através do *laisez-faire* do que ter a Metrópole como intermediária. A guerra de Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa foram outros dois grandes exemplos para os colonos a fazê-los preferir o liberalismo ao colonialismo.

O liberalismo, tendo suas ideias aliadas à prática econômica britânica de exportar mercadorias mais baratas para quase todo o planeta e à prática bélica napoleônica de destruir regimes absolutistas na Europa, foi a arma fundamental na luta dos colonos americanos contra Portugal e Espanha.

Wanderley Guilherme dos Santos alerta para o fato de que "o final do século XVIII abriu, para as populações das colônias latino-americanas, propensas à revolta, novos caminhos, fugindo às formas tradicionais e ineficientes da servidão internacional". Nesses novos caminhos, "a alternativa ao colonialismo consistia no liberalismo, que representava a liberdade, o progresso, a modernização e a civilização". Ele acentua que "todas as elites sul-americanas, exceto a brasileira, seguiram uma estratégia de independência política ao longo de linhas estritamente liberais; ao mesmo tempo em que reivindicavam liberdade da Espanha, aboliam a escravidão e constituíam Repúblicas".[1]

É saber corrente que a modernização capitalista brasileira não foi exatamente uma reprodução da modernização capitalista que ocorreu na Europa Ocidental, principalmente na Inglaterra e França. Nestes países, houve um processo revolucionário no qual a burguesia, tendo a ajuda indispensável e desestabilizadora das massas rurais e urbanas, armadas contra o *Ancien Régime*, tomou para si as rédeas do poder econômico, ideológico e político. Enquanto nestes dois países se desenvolvia o processo revolucionário burguês,

1. SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Ordem burguesa e liberalismo político*. São Paulo: Duas Cidades,1978. p. 74-75.

aqui não tínhamos ainda uma burguesia clássica nem um proletariado. A seguir, vamos buscar entender como ocorreu a formação do liberalismo à brasileira e como o mesmo condicionou a formação do sistema jurídico-policial a partir do Estado Joanino.

2. O LIBERALISMO NO BRASIL

No Brasil, como também em algumas outras colônias americanas, as ideias liberais penetraram antes mesmo da proclamação da Independência. Eram ideias mais afins com o liberalismo libertário francês, o qual pautou, por exemplo, a construção das jugulatas inconfidências mineira (1788) e baiana (1798). Esse liberalismo libertário de raiz francesa foi logo banido da legalidade. O liberalismo que iria predominar a seguir seria o de raiz lockeana e smithiana, contaminado pela ideologia e pelos interesses econômicos dos senhores rurais. Esse liberalismo conservador iria impor uma nova ordem, a qual enquadraria a marginalidade e a insalubridade, do que iremos tratar mais adiante.

Na virada do século XVIII para o XIX, o Brasil foi estreitando a sua inserção na divisão internacional do trabalho, incrementando um incipiente processo brasileiro de modernização capitalista, embora dependente à modernização promovida pelo capitalismo central. A transferência da Corte para a cidade do Rio de Janeiro representou o primeiro grande passo de modernização autenticamente brasileira. Em pouquíssimo tempo, o Brasil alcançou conquistas modernizadoras que não havia alcançado em todo o período anterior de colonização. Mas é preciso ressalvar que a vinda da Corte, embora tenha trazido algumas contribuições modernizadoras, trouxe mais problemas para o já caótico ambiente urbano da cidade do Rio de Janeiro.

Vivaldo Coaracy registra que essa transferência "tomou as proporções de verdadeira invasão, superlotando o Rio de Janeiro. Cerca de quinze mil pessoas, naquela fuga pânica diante das hostes de Junot, (...) desabaram sobre a cidade". Muitos moradores foram desalojados de suas casas, entregando-as aos visitantes, por força de decreto de D. João VI, indo morar em "vilas próximas" e em "residências de parentes ou amigos", sendo essa transferência "um dos fatores do crescimento urbano na época".[2]

A efêmera gestão de D. João VI correspondeu ao aportar do iluminismo entre nós, do liberalismo. Mas que liberalismo? Esta é a questão fundamental

2. COARACI, Vivaldo. *Memórias da cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1965. vol. 3, p.82-83.

a que queríamos chegar. Estávamos em um momento capitalista propriamente dito? Não, sobretudo pelo fato de as nossas relações de produção serem de base escravocrata. Então como podia haver liberalismo sem haver capitalismo?

No começo do século XIX, o mercado internacional já estava consolidado enquanto regime capitalista, a despeito de que muitos países, caso do Brasil, ainda não fossem capitalistas. Não obstante, estavam inseridos na ordem mundial capitalista, estabelecendo trocas capitalistas, razão pela qual tendiam para o capitalismo. Interessava a Portugal e às elites exportadoras brasileiras obter ganhos nessa nova ordem capitalista, mas sob a ótica do liberalismo econômico, em detrimento do liberalismo político libertário, vencido da Revolução Francesa, em sua fase termidoriana. A diferença principal é que Portugal queria conciliar liberalismo e colonialismo, enquanto as elites brasileiras queriam jogar o liberalismo contra o colonialismo. Foi justamente esse liberalismo colonialista, que florescera na gestão do Marques de Pombal, através do despotismo esclarecido, que viria a ser implantado por D. João VI no Brasil. Vale acentuar que essa conversão para o liberalismo estava se processando em quase todos os países do mundo, adequando-a à cultura e à correlação de forças locais. No Brasil, o decreto de abertura dos portos brasileiros às nações amigas foi uma adequação de Portugal absolutista e colonialista ao mercado internacional capitalista. Foi a primeira grande introdução de Portugal e Brasil ao liberalismo econômico, sob pressão da metrópole capitalista de então, a Inglaterra, E foi justamente um seguidor de Adam Smith, José Maria Lisboa, o Visconde de Cairu, quem elaborou intelectualmente o decreto de abertura dos portos brasileiros às nações amigas, o que é mais uma constatação da opção pelo liberalismo econômico.

O Brasil, assim, buscava trilhar o caminho do liberalismo, tal qual Portugal, que, em 1820, realizou a sua "revolução" liberal. O grande problema é que ambos os países estavam arraigados à velha ordem, à qual pretendiam dar grande proporção de continuidade, mesmo esposando, em tese, o liberalismo. Uma das principais medidas da "revolução" liberal do Porto foi a tentativa de recolonizar o Brasil, isto é, forçar a volta do pacto colonial. Do lado brasileiro, o liberalismo foi sendo construído com grande defasagem ao longo do período imperial. Vivemos, portanto, um longo período de revolução burguesa passiva, na qual prevaleceu um liberalismo híbrido, no qual se conjuminavam o velho e o novo. Parece-nos que as ideias liberais não estavam fora de lugar, como indica Schwarz (1992); simplesmente elas não tiveram força suficiente para depor totalmente as velhas ideias. Mais do que termos um capitalismo tardio, tivemos um liberalismo tardio. A nova situação histórica ainda não havia desenvolvido força suficiente para criar uma nova superestrutura, como aponta Gramsci.

BANDERA, Vinicius. A influência do liberalismo no sistema jurídico-policial durante a formação do Estado Nacional Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 415-441. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

"Todo novo organismo histórico (tipo de sociedade) cria uma nova supraestrutura, cujos representantes especializados e porta-vozes (os intelectuais) só podem ser concebidos como 'novos' intelectuais, surgindo da nova situação,e não a continuação da intelectualidade precedente. Se os 'novos' intelectuais se colocam como continuação direta da *intelligentsia* precedente, eles não são verdadeiramente 'novos', isto é, não são ligados ao novo grupo social que representa organicamente a nova situação histórica, mas são um resíduo conservador e fossilizado do grupo social historicamente superado (o que, ademais, é o mesmo que dizer que a nova situação histórica ainda não atingiu o grau de desenvolvimento necessário para ter a capacidade de criar novas supraestruturas, mas vive ainda no invólucro carcomido da História)".[3]

O liberalismo, levado a efeito por D. João VI, e a elevação do Brasil à categoria de Reino Unido nos colocavam na antessala do capitalismo. Entretanto, predominava a identidade nacional e o individualismo das elites, as quais eram infensas a uma ruptura total com o passado.

A Independência foi outra síntese de modernização de grande envergadura. Malgrado ter estreitado a dependência do Brasil ao capitalismo central, a Independência propiciou a que, ao longo do período imperial, a modernização capitalista fosse avançando no bojo da velha ordem rural e estamental, trazendo como corolário mais significativo uma maior racionalização nos discursos e práticas, abolição da escravidão, laicização da vida pública, industrialização incipiente e proclamação da república.

Foi uma Independência proclamada contra Portugal e a favor das elites rurais brasileiras, da Inglaterra e do mercado capitalista internacional. Como avalia Sodré, "no processo de Independência, pois, existe a pressão interna da classe dominante colonial, pelo comércio livre, e a pressão externa, estimulada pela Revolução Industrial, no sentido de abrir o amplo mercado americano, e o brasileiro em particular".[4]

No nosso processo de Independência, foram vencidos os liberais radicais, os republicanos e os industrialistas, o que abortava a irrupção e o fomento de uma sociedade mais democrática e de uma burguesia industrial, que provavelmente teria seus interesses contrapostos aos dos senhores de terras e escravos, como aconteceu nos Estados Unidos, impasse que somente foi dirimido pela Guerra

3. GRAMSCI, Antonio. *Concepção dialética da história*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira,1978. p. 177-178.

4. SODRÉ, Nelson Werneck. Da independência à República. Evolução do comércio brasileiro. *Boletim de História*. Rio de Janeiro, ano V, n.7, p. 19, ago. 1963.

de Secessão. A nossa Independência se deu pelo alto e com um altíssimo grau de centralização, buscando-se evitar quaisquer possibilidades de fracionismo no território e entre as elites. Fracionismo esse visto como um grave risco à construção do Estado nacional, como assinala Wanderley Guilherme dos Santos.

"A elite política central estabelecera como meta prioritária a unidade política nacional, que era igualmente seu princípio ordenador de quaisquer outras demandas que viessem a ser feitas pela fragmentada sociedade brasileira.

Por isso a agenda liberal foi reinterpretada. Ela devia incorporar a meta principal da unidade política. A elite central acreditava que República, descentralização política, autonomia das províncias e municípios levariam à fragmentação nacional – e isto, ela, a elite central, estava disposta a evitar a qualquer preço. Para se ter um Estado liberal é necessário em primeiro lugar que se tenha um Estado nacional – o que não existia na época. A construção de um Estado nacional deveria ser a preocupação básica de qualquer ação política no Brasil, além de ser o critério fundamental para distinguir entre ação governamental legítima e legítima".[5]

O processo de Independência foi construído pelas classes senhoriais, que o dirigiu para seus interesses econômicos, políticos e ideológicos. Tais classes, que no período colonial concentravam o seu poder discricionário em seus domínios locais (predominantemente de base rural); com a Independência, espargiram, conforme destaca Oliveira Vianna,[6] esse poder para construção do condomínio estatal nacional, sob uma visão e prática patrimonialista,estudada por Raimundo Faoro (1984). A rigor, o que mudou foi a substituição das elites dominantes e dirigentes portuguesas pelas brasileiras.

Jorge Caldeira argumenta que esse modelo de sociedade já estava prescrito por José Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, e José da Cunha de Azeredo Coutinho (*Ensaio econômico sobre o comércio de Portugal e suas colônias*), quando analisaram o Brasil à época de D. João VI entre nós. O interessante é que, apesar de discordantes ideologicamente – o primeiro era professo das ideias de Adam Smith, enquanto o segundo se encontrava refém do *Ancien Régime* –, havia um consenso que os levava a prognosticar que o Brasil continuaria por tempo indeterminado a ter como base social a desigualdade expressa pela escravidão e pelo não individualismo (lembremos que nos Estados Unidos a equação foi escravidão e individualismo).

5. SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Op. cit., p. 81.

6. VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Rio de Janeiro:Record,1974. vol. I.

Assim Caldeira interpreta a visão de desigualdade proposta por Coutinho e Cairu para a sociedade brasileira diante da ameaça do iluminismo e do liberalismo.

"(...) propunham uma sociedade em que todos os não escravos também não eram iguais. Eram livres para serem dependentes, sendo que o lugar específico de cada um seria encontrado por um processo de equilíbrio automático. O futuro deveria conter desigualdade, a continuidade de relações pessoais assimétricas. Agregados e afilhados, gente que pertencia ao mundo dos homens livres, deveriam achar seu lugar num esquema hierárquico, como protegidos ou protetores organizados em cadeia. E a cadeia efetiva que cumpria esse papel na economia era a cadeia de favores que substituiria contratos econômicos entre iguais. Em suma, era uma sociedade de clientes, com uma restrita camada de pessoas que podiam transformar essas relações em fortuna líquida – os poucos escolhidos para governar, transitar na esfera da economia política".[7]

Exatamente dessa maneira implantar-se-ia o liberalismo no período pós-Independência. Tratar-se-ia de uma sociedade clientelista, que iria marcar a nossa formação, restando resquícios disso em nossa contemporaneidade. Ressentiu-se, pois, a nossa Independência de um caráter revolucionário, o qual balizou, por exemplo, as revoluções britânicas e francesas. É oportuno e de boa valia reportarmo-nos à análise que Florestan Fernandes faz acerca desse continuísmo.

"(...) a Independência foi naturalmente solapada como processo revolucionário, graças ao predomínio de influências histórico-sociais que confinavam a profundidade da ruptura com o passado. O estatuto nacional foi condenado e superado como estado jurídico-político. O mesmo não sucedeu com o seu substrato material, social e moral, que iria perpetuar-se e servir de suporte à construção de uma sociedade nacional".[8]

3. A FORMAÇÃO DE UM CALDO CULTURAL PROPÍCIO AO SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DE UMA ORDEM JURÍDICO-POLICIAL DE CARÁTER AUTORITÁRIO

O *habitat* especificamente urbano na América Portuguesa se originou da circulação para fora, imposta pela lógica do pacto colonial, e foi reforçado

7. CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista. Ensaio sobre o Brasil*. São Paulo: Ed. 34, 1999. p. 353.

8. FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976. p. 33.

pela posterior formação de um incipiente mercado interno, no qual as poucas ofertas de emprego – devido à monopolização do trabalho pelos escravos – estavam bem aquém de incorporar o efetivo dos que passaram a habitar as principais cidades sem condições econômicas de garantirem sua sobrevivência em termos mínimos de moradia e alimentação. Nesse ambiente foram aparecendo os primeiros mendigos, vadios e malfeitores diversos. Todos esses marginais passariam a ser reconhecidos como problema e categoria sociais dignos de serem reprimidos pelo Estado.

O trabalho braçal, sobretudo aquele que produzia riqueza para exportação era atribuição de escravos. Esse monopólio assumido compulsoriamente pelos escravos e a rudeza dos costumes na América portuguesa contribuíam para que muitos não escravos fossem empurrados para a marginalidade, tornando-se vadios, mendigos e até malfeitores.

Emanuel Araújo, com base em documentação primária relativa a Salvador, Vila Rica, Rio de Janeiro e São Paulo, mostra que durante os séculos XVII e XVIII a mendicância e a vadiagem já representavam um problema social nestas cidades, pois era significativo o número de mendigos e vadios, o que gerava discursos e práticas de caridade aos primeiros e de repressão aos segundos, e não raramente também aos primeiros. Algo interessante levantado por ele, é a sua consideração de que o "mendigo e o vadio eram ambos parasitas de um meio social – o urbano.[9] Reforçando este raciocínio, podemos assegurar que a modernização, implementada pelo desenvolvimento infraestrutural, iria paulatinamente incrementar a urbanização, o que traria o aumento da marginalidade, além de novos discursos e práticas persuasivos e/ou repressivos para combatê-la.

Narra um viajante que esteve no Rio de janeiro, em 1626, que nesta cidade não havia policiamento e era – "o lugar do mundo onde se matava mais barato",[10] por motivos os mais banais, como livrar-se de um credor, de um desafeto, de uma mulher... Havia uma grande disponibilidade de matadores de aluguel, muitos dos quais negros africanos. Entre estes, a violência era à moda de sua terra: luta com facas, tocaias, veneno. Já os índios tinham por hábito a aplicação da lei de talião: a um mal cometido se revidava com mal de intensidade semelhante, sob o consentimento de toda a tribo.[11]

9. ARAÚJO, Emanuel. *O teatro dos vícios. Transgressão e transigência na sociedade colonial.* Rio de Janeiro: José Olympio, 1993. p. 173.

10. GURGEL, Heitor. *Uma família carioca no século XVI.* Rio de Janeiro: Livraria São José, 1964. p. 24.

11. Idem.

Cerca de dois séculos depois, em 1810, outro viajante, escrevendo sobre a mesma cidade do Rio de Janeiro, porém bem mais desenvolvida, chama a atenção para a cultura de violência, dentro da qual "até contra ofensas imaginárias a gente das classes mais baixas às vezes exercia vinganças sérias". Não menos grave era a marginalidade dos mendigos, que formavam uma "corporação numerosa e muito importuna em seus rogos".[12]

Luccock refere-se à violência das "classes mais baixas", mas se faz mister salientarmos que a violência era mais uma cultura do que uma exclusividade dos de baixo. A classe senhorial tinha a violência como o instrumento mais à mão para impor-se sobre a sua gente, promovendo a pedagogia do medo. Gilberto Freyre, embora enfatize a tese da democracia racial, não se exime de ressaltar a violência que vinha de cima, a qual incluía torturar os escravos em geral e fazer das mucamas objetos sexual e/ou de violência sexual dos senhores e de seus parentes, principalmente filhos.[13]

As torturas e castigos físicos não constituíam meros excessos por parte de alguns senhores, mas eram algo generalizado e legitimado pelo Estado. O pelourinho era o espaço público para se castigar escravos e os tidos como inimigos da sociedade e do Estado. Eram castigos exibidos para toda a comunidade, para toda a população, de modo a introjetar em todos a pedagogia do medo. O castigo sobre um adquiria o tom de solenidade e crueldade para que todos soubessem que estavam passíveis de sofrer a mesma penalidade. Tais castigos públicos se assemelhavam aos suplícios narrados por Foucault no período pré-liberalismo, os quais também eram públicos e solenes e estavam inseridos em uma pedagogia do medo que visava disciplinar toda a sociedade através do exemplo sobre um (ou alguns) de seus membros.[14]

Na América Portuguesa, e até no Brasil imperial, o castigo era uma praxe, tanto na vida privada quanto na vida pública. Na família, o marido tinha o direito de castigar fisicamente a esposa, os filhos e os demais dependentes, de parentes a escravos. Para estes, é de corrente saber que havia uma série de instrumentos de tortura, que podiam causar doenças crônicas, traumas psicológicos e mutilações físicas. Os filhos menores, além de castigos físicos, estavam submetidos ao totalitarismo do pátrio poder, que os transformava em objetos dos pais. As meninas e as moças poderiam ser deserdadas e postas para fora de

12. LUCCOCJ, John. *Notas sobre o Rio de Janeiro e partes meridionais do Brasil*. São Paulo: Martins, 1942. p. 75.

13. FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. Rio de Janeiro: Record, 1992.

14. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.

casa, caso não concordassem em submeter-se a casamentos arranjados pelos pais ou perdessem a virgindade antes do casamento. Na escola, a palmatória apareceria como proeminente instrumento de castigo corporal. Até nas forças armadas havia a institucionalização do castigo físico, não somente no período colonial, mas também após a Independência. Uma lei de 22 de julho de 1822 determinava que

"o tenente General Governador das Armas desta Corte e província passe as mais estrictas ordens, afim de que as patrulhas de Policia prendam todo e qualquer Soldado ou Inferior que de noite se encontrarem fora de seus Quartéis, não estando em serviço, depois da hora de recolher, sem licença por escripto do Comandante do Corpo a que pertencerem".

Este conteúdo por si só já expressa um forte teor de autoritarismo vindo de cima, mas a violência propriamente dita estava na determinação de que "os Soldados que por tal motivo forem presos sejam castigados com 50 chibatadas".[15]

Os castigos físicos nas forças armadas entrariam pelo século XX. A Revolta da Chibata, em 1910, foi, em grande parte, um motim de marinheiros contra a prática da chibata na Marinha do Brasil. Recaía sobre os africanos a intensidade maior dos castigos físicos. Não somente os escravos eram vítimas da crueldade de seus senhores e do Estado, mas também negros não escravos, entre os quais se destacavam os capoeiras, que passaram a constituir um problema social e uma

"categoria social, promovedores de desordem e violência nas ruas de algumas das principais cidades brasileiras, a partir do final do século XVIII. Para os capoeiras, uma lei, também de 1822, previa o dobro de chibatadas dadas nos soldados, portanto 100, caso fossem presos em flagrante delito".[16]

Até a sua criação por D. João VI, não havia a instituição polícia na América Portuguesa, o que facilitava o fomento da violência. Se não havia polícia como instituição, havia milícias, ordenanças e quadrilhas, que eram tipos de tropas armadas oficializadas pelo Estado e com forte ingerência dos senhores de terras, que por vezes mesclavam a função do exército com a de polícia.

Umberto Peregrino vê as milícias e as ordenanças como as primeiras modalidades de força militar institucionalizadas na Colônia, tendo o propósito de promover a defesa interna. As primeiras foram "instituídas pelo Regimento d'El Rei, datado de 1548, trazido pelo 1.º Governo-Geral, Tomé de Souza", e

15. Decisão de Governo n. 79. Guerra – Em 22.07.1822.

16. Decisão de Governo n. 29. Guerra – Em 16.08.1816.

as segundas tinham "raízes nos primeiros tempos da Monarquia Portuguesa" e foram criadas "também nos primeiros tempos do povoamento". Ele considera que não "havia diferença essencial entre ordenança e milícia" e que "não raro esta se organizava com elementos daquela". Entretanto, ele detecta uma diferença básica entre ambas, a qual consistia no fato de que "as Ordenanças só atendiam à defesa local; excepcionalmente se deslocavam para fora da própria Capitania em auxílio das Milícias. Já as Milícias eram tropas pagas e atendiam a todas as missões de defesa". As ordenanças eram tropas locais, espécie de "exército invisível dos senhores de engenho que acumulavam a autoridade territorial, o poder econômico e o poder de polícia", enquanto as milícias atuavam como força militar representante dos interesses da Metrópole e do condomínio dos senhores de terra na imensidão do território colonial ainda despovoado. Eram tropas que atuavam com base na repressão, dentro da cultura de autoritarismo e violência imposta pelos senhores rurais e pela rudeza dos costumes. O recrutamento para as milícias era um ato de violência , por serem realizados à força: "a certa hora prendiam-se todos os homens encontrados na rua e posteriormente as autoridades escolhiam os que deviam assentar praça".[17]

As quadrilhas foram criadas na segunda metade do século XVII e representaram o início da função exclusivamente policial na cidade do Rio de Janeiro. Eram tropas dirigidas por quadrilheiros, "escolhidos entre a gente boa da terra", que cometiam tantas "injustiças e desmandos" que o vocábulo quadrilha "passou a significar um grupo de ladrões e salteadores".[18]

As forças da ordem eram um caso de patrimonialismo, isto é, mesmo sendo teoricamente do Estado, entendidas, portanto, como um bem público, na prática eram propriedade das elites ("a gente boa da terra"), que as tinham com um bem privado a serviço de seus interesses. Esse patrimonialismo em relação às forças de repressão continuaria por várias décadas, fazendo com que o comando das tropas estivesse em mãos dos senhores rurais e seus prepostos, enquanto que a execução das ordens (emanadas desse comando) ficava a cargo de populares recrutados à força. Esse tipo de recrutamento também avançaria décadas, continuando a ser comum em princípios do século XIX, como nos informa uma lei datada de 1816, a qual prescrevia instruções a tropas encarregadas de viajarem, "com maior disfarce e segredo", para a então capitania do Rio de Janeiro com o fito de recrutarem a força "todos os homens solteiros e

17. PEREGRINO, Umberto. *O exército através da formação brasileira. Anais do Museu Histórico Nacional*. Rio de Janeiro, vol. XX, p. 99, 100, 101 e 103, 1968.

18. apud GURGEL, Heitor. Op. cit.,p.4.

ainda pardos libertos, cuja cor não seja muito fusca desde a idade de 16 anos até 40, não sendo estes Milicianos de bom comportamento (...).[19]

Esses recrutamentos eram, não raramente, indiscriminados, não levando em conta a formação e a conduta moral dos recrutados. Em grande parte, as forças armadas e a policia eram reduto de mendigos, vadios e malfeitores. Para essas instituições eram mandados, desde o período colonial até o período imperial, grande número de marginais encontrados nas vias públicas, inclusive menores de idade, que posteriormente seriam reconhecidos através da categoria social dos menores abandonados e delinquentes.

Pizarro e Araújo narra que, na virada do século XVII para o XVIII, era abundante o número de solteiros e de vadios na capitania do Rio de Janeiro o que fez com que os governantes obrigassem "os jovens e outros ainda hábeis, a se casar, ou a assentar praça nos Regimentos de Linha".[20]

Cerca de um século depois, em 1838, um viajante estrangeiro à cidade do Rio de Janeiro, citado por Daniel Kidder, outro viajante estrangeiro à mesma cidade, conta que as ruas desta capital estavam infestadas de mendigos e vagabundos, os quais passaram a ser capturados pela polícia, que prendeu "dentro de poucos dias (...) nada menos de cento e setenta e um vagabundos, mais de quarenta dos quais foram empregados no Arsenal de Marinha".[21]

Além da cultura de autoritarismo, de violência e de marginalidade, a América Portuguesa tinha contra si o abandono infraestrutural imposto pela Metrópole através da lógica do pacto colonial, segundo a qual a colônia (de exploração) deveria ter exportado o máximo de produtos naturais, buscando fazer com que Portugal obtivesse superávit em sua balança comercial, sendo isto correspondente à política econômica do mercantilismo. Com o tempo, tal lógica iria criar um incipiente mercado interno, composto de comerciantes e de manufatureiros coloniais, cujos interesses por acumulação se chocariam com os interesses metropolitanos, sendo isto um dos principais motivos para as revoltas nativistas no período pré-Independência.

Eulália Lobo registra que, durante o século XVII, a cidade do Rio de Janeiro sairia de uma posição periférica da rota atlântica para ser "o elo vital das rotas do açúcar e do ouro". O porto do Rio de Janeiro, nesse século, mantinha um

19. Decisão de Governo n. 29. Guerra – Em 16.08.1816.

20. ARAÚJO, José de Souza Azevedo Pizarro. *Memórias históricas do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro:Imprensa Nacional, 1946. Vol. 5, p.143.

21. KIDDER, Daniel. *Reminiscências de viagem e permanência no Brasil* (Rio de Janeiro e Província de São Paulo). São Paulo: Martins, 1940, p.48.

considerável intercâmbio com Portugal, com colônias portuguesas no Atlântico, com partes da África e Ásia, com o Prata e algumas capitanias da América Portuguesa. O mercado exportador adquiriu um tal incremento que propiciou a que comerciantes exportadores viessem a rivalizar com os produtores agrícolas na Câmara Municipal. O auge do ciclo do ouro, no próximo século, aumentaria ainda mais o desenvolvimento da cidade do Rio de Janeiro e o sudeste em geral, malgrado o grosso da produção aurífera fosse exportado, em continuidade à lógica do pacto colonial de extrair o máximo de riquezas das colônias. No bojo dessa formação de um mercado interno propulsionado pelas exportações foram surgindo as primeiras manufaturas.[22]

Esse gradual crescimento econômico da cidade do Rio de Janeiro e de várias outras cidades brasileiras, além da cristalização de colonos com relativa autonomia como empreendedores, viria a se chocar com os interesses da metrópole, que culminaria por baixar o alvará de 5 de janeiro de 1785, assinado por D. Maria I, reconhecendo *o* "grande número de Fabricas, e Manufacturas, que de alguns annos a esta parte se tem difundido em differentes Capitanias do Brasil, com grave prejuízo da Cultura, e da Lavoura, e da exploração das Terras Mineraes daquele vasto Continente (...)". Em face desse prejuízo, o alvará determinava a abolição de:

"todas as Fabricas, Manufacturas, ou Teares de Galões, de Tecidos, ou de Bordados de Ouro, e Prata: de Velludos, Brilhantes, Setins, Tafetás, ou de outra qualquer qualidade de Seda: de Belbutes, Chitas, Bombazinas, Fustões, ou de outra qualquer qualidade de Fazenda de Algodão,ou de Linho, branca ou de cores: E de Panos, Baetas Droquetes, Saetas, ou de qualquer outra qualidade de Tecidos de Lã, ou os ditos Tecidos sejão fabricados de hum só dos referidos Generos, ou misturados, e tecidos huns com os outros; exceptuando tão sómente aquelles dos ditos Teares, e Manufacturas,em que se tecem, ou manufacturão Fazendas grossas de Algodão, que servem para uso, e vestuário dos Negros, para enfardar, e empacotar Fazendas, e para outros Ministérios semelhantes (...)".[23]

O alvará reconhecia que se estava desenvolvendo um mercado interno com relativa autonomia e buscava cerceá-lo para que a colônia continuasse a cumprir a sua função precípua de ter suas riquezas extraídas para a metrópole. A

22. LOBO, Eulalia. O comércio atlântico e a comunidade mercadores no Rio de Janeiro e em Charleston no século XVIII. *Revista de História*. São Paulo, n.10, p. 57, jan.-mar., 1975.

23. Apud NOVAIS, Fernando. A proibição de manufaturas no Brasil e a política econômica portuguesa no fim do século XVIII. *Revista de História*, São Paulo,vol. 33, p. 150, jul.-set. 1996.

BANDEIRA, Vinicius. A influência do liberalismo no sistema jurídico-policial durante a formação do Estado Nacional Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 415-441. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

essa altura, virada do século XVIII para o XIX, já era evidente o conflito de interesses envolvendo comerciantes da colônia e o "sentido da colonização". Como enfatiza Fernando Novais,

"O desenvolvimento manufatureiro de Portugal não podia prescindir do mercado colonial; a colônia porém já começa a dar mostras das primeiras e frágeis tendências para desenvolvimento autônomo. Temos de partir dessa base para compreender o alvará, e depois projetá-lo no conjunto da política ultramarina portuguesa do antigo regime".[24]

Além das relações mercantis exógenas e endógenas, outro fator de crescimento das cidades se deu através do crescimento da população, motivado pelo êxodo rural e por um maior número de casamentos, os quais eram incentivados, por exemplo, pelos alvarás de 10 de março de 1732 e de 4 de abril de 1755. Segundo Pizarro e Araújo, esses alvarás deram início à "*multiplicação do povo*" na colônia.[25]

A falta de um planejamento urbanístico prévio fazia com que algumas das principais cidades brasileiras crescessem de forma desordenada, sem um alargamento das ruas, sem esgotamento sanitário e sem água domiciliar. O Rio de janeiro, por exemplo, em que pese ter-se recém-tornado a capital da colônia, em 1763, apresentava, no começo do século XIX, uma estrutura urbanística bastante deficiente, como nos descreve Adolfo Morales de Los Rios Filho.

"Não tendo havido um plano prévio de urbanização da cidade, a trilha, o atalho, o caminho ou a estrada constituíram as vias de comunicação que deram origem à rua. A trilha era a antiga passagem indígena; o atalho encurtava caminhadas; o caminho ou a estrada, dando passagens a animais e veículos, ia, com o tempo, alargando-se, melhorando. E tanto o simples caminho como a estrada povoavam-se de casas. Eis como surgia a rua (...) Poucas eram as ruas largas, pois a maioria não passava de três braças, ou fazendo a conversão ao sistema decimal, cinco metros e quarenta centímetros".[26]

Além das ruas mal traçadas e estreitas, o Rio de Janeiro, durante grande parte do século XIX, não era servido por água nem por esgoto domiciliar. As fezes eram acumuladas em casa, dentro de um barril, que, posteriormente, ao tornar-se cheio, era transportados por escravos – que por esse mister passaram a ser denominados tigres – e despejado nas praias, nos pântanos ou a esmo.

24. Idem, ibidem.

25. ARAÚJO, José de Souza Azevedo Pizarro e. Op. cit., p.163.

26. RIOS FILHO, Adolfo Morales de los. *O Rio de Janeiro imperial*. Rio de Janeiro: Ed. A Noite, s/d,p.71-72.

"Muitas vezes o fundo do barril cedia, e os repugnantes despejos emporcalhavam as roupas dos pobres escravos, lhes deixavam marcas que o populacho julgava assemelharem-se às pintas das peles dos verdadeiros tigres. Daí provém a denominação dada a ditos recipientes. Entretanto, essa denominação foi, não poucas vezes, dada pelos viajantes apressados ou descuidados, aos pobres negros.[27]

A cidade, em meados do século XIX, era repleta de pântanos, muitos dos quais infectos, As ruas estreitas e as casas amontoadas evitavam uma ventilação adequada e que a luz solar chegasse ao interior dos lares. A ausência de banheiros públicos fazia com que se tornasse comum que as pessoas urinassem e defecassem nos cantos, nos matos, nas praias, nos pântanos. Os animais que serviam de alimentos para a população eram geralmente abatidos em matadouros fétidos. Não havia coleta de lixo domiciliar, o que enchia as ruas de lixo, de cadáveres de animais e até de humanos, embora houvesse o hábito de que estes últimos fossem enterrados nos quintais de casa e nos quintais das igrejas e dos hospitais, geralmente em covas rasas, o que aumentava o risco de contágio de doenças. Todo esse quadro contrário a uma higiene satisfatória, fazia da cidade do Rio de Janeiro um grande foco de insalubridade, o que provocava um alto índice de doenças, de epidemias e de mortalidade, principalmente mortalidade infantil.

Esse quadro de desordem higiênica e urbanística tornava-se um *habitat* acolhedor para a marginalidade que vinha crescendo com a urbanização desordenada. A deficiência da iluminação pública nas cidades brasileiras era outro facilitador para o incremento da marginalidade. Em 1763, quando da transferência da capital para o Rio de Janeiro, "*não havia ainda iluminação pública no Brasil*". De noite,

"o povo recolhia-se e fechavam-se as casas; e o trânsito pelas ruas, então de aspecto lúgubre, estreitas, tortuosas, escuras e sem calçamento, era muito perigoso. Quem precisava sair nas noites, sem luar, devia levar um archote ou lampião, se quisesse caminhar com relativa segurança".[28]

A iluminação pública na cidade do Rio de Janeiro iria sofrer um melhoramento em meados do século XIX, com a implementação da luz a gás, e no final deste mesmo século, com a luz elétrica. Entretanto, na área rural e na grande maioria das cidades brasileiras, e mesmo na área periférica do Rio de Janeiro, a deficiência da iluminação iria adentrar o século XX.[29]

27. Idem, p. 82.

28. PONDÉ, Francisco de Paula e Azevedo. *O gás na iluminação e na calefação da cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Companhia Estadual de Gás, 1971. p. 13.

29. Idem, p. 23-47.

4. A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA JURÍDICO-POLICIAL CONTRA OS INIMIGOS INTERNOS COM BASE NO LIBERALISMO CONSERVADOR

O maior legado europeu entre nós nos processos de Independência e de construção do Estado nacional foi, indubitavelmente, o liberalismo. Um liberalismo, como vimos, progressista ao se opor ao colonialismo e conservador ao servir de arrimo teórico para manter o fundamental do *status quo* colonial, que consistia em escravidão, monarquia, modelo econômico agroexportador, patrimonialismo e relações sociais de base estamental. Um liberalismo contrabalançado pelo poder moderador, o qual fora criado por Benjamin Constant para dar suporte teórico ao autoritarismo de Napoleão Bonaparte.

Após ter vencido o colonialismo, através do processo de Independência, esse liberalismo, comandado pela classe agrária hegemônica, centrou a sua ação contra o inimigo interno, isto é, setores senhoriais descontentes, os escravos, o "povo" e os marginais de diversos quilates. Não por acaso, a construção do Estado nacional, mesmo antes da Independência, no período joanino, viu-se enfatizada pela criação de um grande número de instituições e dispositivos de controle e repressão do inimigo interno. Instituições e mecanismos referenciados pelo liberalismo conservador e pelo tradicionalismo, entre os quais podemos destacar: as criações da Intendência-Geral de Polícia, de um grande número de quartéis de polícia e do exército em diversas partes do território nacional, de um Código Criminal, de juízes de paz e guardas de quarteirão, do Código de Processo Criminal e a sua reforma com forte peso do tradicionalismo.

Havia a nítida intenção de se instituir um novo sistema repressivo, um novo aparelho jurídico-policial, que conjugasse a revolução liberal importada da Europa com a forte cultura conservadora sedimentada no período colonial. Enquanto o liberalismo europeu, sob a liderança de Napoleão, promovia guerras contra o absolutismo e o colonialismo, e sob a liderança da Inglaterra ia impondo o livre-comércio mundial para suas mercadorias industrializadas; no Brasil, o liberalismo promovia uma conciliação com o passado recente. Conciliação essa desenvolvida basicamente a nível superestrutural, tendo o juridicismo como peça-chave, em detrimento de transformações infraestruturais. Um novo arcabouço jurídico seria montado para adaptar o liberalismo à continuidade representada por escravidão, circulação para fora, monarquia, patrimonialismo e relações sociais de base estamental. Parece-nos elucidativas as considerações de Antônio Carlos Wolkner, ao assinalar que "a vertente 'juridicista' do liberalismo brasileiro teria papel determinante na construção da

BANDEIRA, Vinicius. A influência do liberalismo no sistema jurídico-policial durante a formação do Estado Nacional Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 115, ano 23, p. 415-441. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

ordem político-jurídica nacional",[30] e de Marcos Bretas, ao vislumbrar que "é provável que poucos países tenham a história de sua formação tão ligada ao desenvolvimento de sua justiça criminal como o Brasil".[31] Continuando, Bretas alerta para o fato de que desde o seu início

"a história do Brasil independente se elaborava em torno da formação das instituições e órgãos da justiça criminal, tomados como símbolos ou campo de luta para a constituição da nova nação, local privilegiado da disputa entre as tradições do absolutismo português e as novas ideias do liberalismo então em expansão".[32]

Ele compreende a criação do Código Criminal do Império (1830) e do Código de Processo Criminal (1832) como estando marcada pela disputa entre tradicionalismo e liberalismo, cujo desfecho seria a reforma conservadora do Código de Processo Penal e a vitória do tradicionalismo, "que representaram o triunfo da reação conservadora, permitindo a consolidação do Império".[33] No bojo dessa disputa, seriam implantadas no Brasil algumas das mais avançadas instituições liberais europeias, como o julgamento por júri, o *habeas-corpus* e o juiz de paz eleito, que não demoraram a ser vencidas pela onda centralizadora, "representada na prática pela substituição dessas instituições por juízes e policiais apontados pelo poder central".[34] Bretas acaba por concluir que as necessidades do Estado em construção pouco tinham a ver com os ideais liberais importados da Europa, razão pela qual as elites se concentravam "nas tarefas imediatas de manter obedientes e ordeiras as massas oprimidas de escravos e homens livres pobres", utilizando as instituições da justiça criminal como peça fundamental desse controle.[35]

O que nós constatamos nos relatórios anuais dos ministros da Justiça e dos chefes de Polícia, também em diversas leis, tudo isto referente ao século XIX, é justamente a denúncia de que estava havendo um aumento da marginalidade urbana e que se fazia necessário a criação de mecanismo legais, advindos da modernização capitalista dos "países civilizados" (expressão muito usada à

30. WOLKNER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 80.

31. BRETAS, Marcos Luiz. *A polícia carioca no império. Estudos históricos*. Rio de Janeiro, CPDOC-FGV, vol. 12, n. 22, p. 219, 1998.

32. Idem, ibidem.

33. Idem.

34. Idem, p.220.

35. Idem, ibidem.

época), para combater o que estamos designado por inimigo interno, identificado, sobretudo, pelas massas oprimidas de escravos e os homens livres pobres a que se refere Bretas. Vários desses mecanismos foram sendo criados, propiciando uma modernização do aparelho jurídico-policial, tendo uma marcada influência (abrasileirada) do que vinha sendo desenvolvido na Europa.

Como fonte significativa a trazer um quadro caótico da marginalidade urbana provocada pelo inimigo interno, no começo do século XIX, particularmente na cidade do Rio de Janeiro, selecionamos o relatório anual do Ministro da Justiça, Padre Diego Antônio Feijó, enviado à Assembleia Geral Legislativa, prestando contas, em 1832, de sua gestão no ano anterior. Feijó, cuja gestão foi marcada por autoritarismo e forte repressão à marginalidade e às sublevações reinantes em algumas províncias, que clamavam por maior autonomia e participação na esfera pública nacional, descreve, em determinado trecho de seu relatório, o que era a cidade do Rio de Janeiro, em termos de segurança pública e como ela foi pacificada através de uma metodologia coerciva por ele exaltada.

"Augustos, e Digníssimos Srs. Representantes da Nação, quando á força de tantas Instancias encarreguei-me desta Repartição, todo Império sabe em que estado de horror, e de consternação achava-se a Capital: ninguém nella estava seguro. Roubos, e assassínios commettião-se de dia, mas á face das Autoridades: e este mal trazendo sua origem de tantos anos de descuido, e relaxação, não dava esperanças de promto remedio. A Policia tinha desapparecido, nem o Governo era informado dos acontecimentos diarios, tudo estava abandonado. Hoje se forão as facções (...) ha muitos annos a Cidade do Rio de Janeiro não ofereceu tanta segurança á seus habitantes (...) Desappareccerão as quadrilhas de ladrões, que infestavão sempre a Capital e suas vizinhanças, os assassinatos diminuirão consideravelmente, e as desordens já não são tão frequentes; graças á vigilancia, ao zelo incansavel, e ao patriotismo dos Juizes de Paz, que sem o menor interesse, com sacrifícios de seus bens, expostos a maledicencia dos perversos, voltarão-se inteiramente ao bem da Pátria. Sendo tão frequentes as prisões dos vadios, turbulentos e que usão de armas de defezas, que mezes houverão, em que forão recolhidos ás cadeas mais de 500, hoje haveria menor numero de presos, que a hum anno atraz, se os sediciosos, e conspiradores não viessem ha poucos dias engrossal-os; mas ainda assim não excede a 850".[36]

36. Arquivo Nacional. 004-02-82.Relatório do ano de 1831 apresentado à Assembleia Geral Legislativa na Sessão Ordinária de 1832 pelo Ministro e Secretário dos Negócios da Justiça Diogo Antônio Feijó, p.137.

Toda essa repressão relatada pelo padre Feijó não seria suficiente para reverter a onda crescente de marginalidade. Libano Soares, em tese de doutoramento sobre capoeiras na cidade do Rio de Janeiro, entre 1808 e 1850, verifica que nesse período "o arrojo dos capoeiras estava ligado ao aumento da criminalidade como um todo". Aumento esse que envolvia "outros tipos sociais, como arrombadores (chamados ratoneiros), assaltantes, ladrões etc."[37]

Desde a regência de D. João VI, o Estado foi intensificando, sob a influência da modernização capitalista europeia, a repressão à população e aos marginais, ou entendidos como tais, criando uma série de leis que visavam impor uma nova ordem urbana que fosse ao mesmo tempo modernizadora e repressiva. A opção foi pela construção de um Estado de tendência leviatã, ao invés de se estimular a criação de uma sociedade civil de natureza efetivamente liberal. Daí que uma das primeiras providências de D. João VI, além da abertura econômica do Brasil aos países amigos (entenda-se fundamentalmente Inglaterra) e da fundação de várias instituições de caráter iluminista, foi a de criar um grande número de quartéis do exército e da polícia por todo o território brasileiro. Para compor essas novas unidades repressivas foi utilizada a prática comum de então que consistia no recrutamento forçado. Para justificar a criação desses quartéis era utilizado o argumento comum de se considerar que havia necessidade, de se garantir o "socego e tranquilidade publica" (expressão que vimos em vários relatórios de ministros da Justiça durante o século XIX), que se viam ameaçados pelos crescimentos da população, das riquezas e do crescente número de marginais. Nesse argumento comum, encontrado explícita ou implicitamente em leis e discursos de elites durante o século XIX, estava embutida a ideia de que o Brasil havia entrado, através do iluminismo/liberalismo, em uma era modernizadora que exigia uma nova ordem (modernizadora) que procedesse a depuração de velhos "vícios" de outrora, entre os quais se destacavam a insalubridade e a marginalidade.

As leis criadas no decorrer da primeira metade do século XIX tinham o duplo caráter de reprimir o inimigo interno e construir um aparelho jurídico-policial mais moderno, próximo do tipo ideal weberiano de dominação legal, e garantidor do monopólio do uso legal da força sob o controle de um Estado dirigido pelas elites senhoriais tradicionais. Tudo isso estava de acordo com a adaptação que essas elites faziam do liberalismo oriundo da Europa. Havia uma preocupação em se limpar as ruas do "crescido numero de homens vadios

37. SOARES, Carlos Eugênio Libano. A capoeira escrava e outras tradições rebeldes no Rio de Janeiro.1808-1850. Campinas: Ed. Unicamp, 2001, p.24.

que vivem na ociosidade, sem buscarem meios de subsistencia, e que principalmente nesta provincia concorrem para os repetidos roubos", sendo, em grande parte, "destinados ao serviço de exercito e marinha, como ultimamente fora ordenado pelos avisos de 20 de outubro do anno antecedente".[38]

A repressão atingia não somente os tidos como vadios, mas também os "*sem meios decentes de subsistir*", a ponto de um decreto relativo à província do Maranhão determinar que os juízes de paz deveriam "indagar e fazer um exacto arrolamento de todas as pessoas, que existirem dentro do districto de sua jurisdição, com especificação de sua naturalidade, idade, ocupações: e de proceder contra aquelles, que foram achados vadios, e sem meios decentes de subsistir, na conformidade da lei".

Ainda por esse decreto, "os officiaes dos quarteirões serão obrigados a darem immediatamente parte aos Juizes de Paz, de todas as pessoas, que de novo apparecerem nos seus districtos, com a informação necessária d'onde ellas vieram, e a fim, para onde se dirigem, e em que genero de vida se empregam, para, no caso de que se conheça serem vadios, ou malfeitores, se proceder contra eles, na conformidade da lei".[39]

Chegou-se ao ponto, logo após a abdicação de D.Pedro I (07.04.1831) e as sublevações provinciais que se seguiram a essa abdicação, de se proibir "todo o ajuntamento nocturno de cinco ou mais pessoas nas ruas, praças e estradas, sem algum fim justo, e reconhecido, debaixo de pena de um á três mezes de prisão".[40]

Com as sublevações provinciais, durante o período regencial, o inimigo interno visto como de maior periculosidade ao regime passou a ser os chamados revolucionários, que, ao contrário dos marginais comuns (mendigos, vadios e malfeitores diversos), portavam um teor político-ideológico,geralmente de cunho liberal, em suas manifestações insurgentes, o que constituía uma grave ameaça ao Estado em construção. Suas insurgências, por representarem tão grave ameaça ao *establishment,* passaram a ocupar um tópico dos relatórios dos ministros da Justiça, no período regencial, e não demoraram em ser juguladas, o que resultou na vitória dos conservadores, do centralismo e em um mais

38. Decisão de Governo, n.137 – Justiça – Em 29.12.1827.

39. Decreto de 11.12.1830. Determina que na Província do Maranhão os Juízes de Paz façam um exato arrolamento das pessoas de seus respectivos distritos procedendo contra os vadios.

40. Lei de junho de 1831. Dá providências para a pronta administração da Justiça e punição dos criminosos.

adequado arranjo institucional em favor das elites hegemônicas, assim como em um fortalecimento do Estado contra quaisquer inimigos internos, fossem marginais comuns ou os guiados por conteúdos político-ideológicos.

A luta e a vitória contra os insurgentes locais foi importante para as elites hegemônicas consolidarem a construção do novo aparelho jurídico-policial nesse imediato pós-Independência, atenuando-lhe um caráter inicial de liberalismo e lhe reforçando o caráter tradicionalista. Dentro desse caráter inicial estavam, entre outros, a figura do juiz de paz, eleito pelos cidadãos locais, do juiz municipal, também eleito pelos cidadãos locais, e do *habeas-corpus*. Vale ressaltar que essas eleições eram reguladas pelo voto censitário, ou seja, votavam os que tinham um certo nível de riqueza.

A vitória sobre os insurgentes provinciais, no período regencial, redundou na reação conservadora, fazendo com que o monopólio do controle do aparelho jurídico-policial ficasse em mãos do poder central. Esse embate envolvendo elites senhoriais locais e elites senhoriais centrais se deu no bojo do processo de Independência, o que nos obriga a retroceder à formação do Estado Joanino. Com D. João VI, foi institucionalizada, em 10.05.1808, a figura jurídico-policial do Intendente Geral da Polícia da Corte e do Estado do Brasil. O intendente, nomeado pelo príncipe regente e diretamente a ele subordinado, era referenciado pelo modelo francês, institucionalizado em Portugal, em 1760, com a responsabilidade centralizadora pelos negócios públicos, provisão da cidade e pelas seguranças pessoais e coletivas, as quais incluíam a preservação da ordem pública, a vigilância da população, a investigação de crimes e prisão de criminosos. O intendente estava no nível de ministro de Estado e tinha o poder de decidir qual o comportamento era criminal, prender, abrir processo, transitar julgamento e supervisionar a sentença de perpetradores individuais. Era ele representante da figura absolutista do monarca.[41]

Vivaldo Coaracy se refere ao Intendente Geral da Polícia como um cargo, "com extensas e múltiplas atribuições", que foi "criado em Portugal pelo Marquês de Pombal por ocasião da reforma dos serviços de administração pública".[42] Tanto em Portugal, quanto no Brasil, esse cargo excedia as funções policiais, tais como as entendemos atualmente.

41. HOLLAWAY, Thomas H. From Justice of the peace to social war in Rio de Janeiro, 1824-1841. In: ZIMMERMANN, Edward (org.). *Judicial institutions in nineteenth century Latin America*. London: Institute of Latin America Studies, 1999. p. 67-68.

42. COARACY, Vivaldo. *Memórias da cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: José Olympio,1965. vol. 3, p.183.

"Na velha linguagem, tinha o vocábulo polícia extensão muito mais ampla do que hoje lhe reconhecemos. Não se limitava a ação da Polícia à manutenção da ordem pública e à prevenção e repressão de crimes e delitos. Estendia-se, poderosa, aos mais variados setores da vida da comunidade. O intendente-geral da Polícia era autoridade de alta categoria e amplos poderes, cujas funções abrangiam, além da organização e direção dos serviços policiais propriamente ditos, outras seções da administração, compreendendo encargos que hoje cabem à magistratura, à prefeitura e ao conselho municipal, à repartição de higiene e até ao Ministério da Agricultura, por excessivo que pareça. Cargo de tão grande importância só podia ser exercido por personalidade que à sólida competência reunisse a absoluta confiança do soberano".[43]

Ao mesmo tempo em que as elites senhoriais absorviam o liberalismo, adaptando-o para seus interesses, acirrava-se o embate no campo dessas elites pela conquista da hegemonia no corpo do Estado. Entre essas elites havia as que aderiram mais e as que aderiram menos ao liberalismo. Estas últimas, mais apegadas ao tradicionalismo, estiveram em aliança com D. João VI e, posteriormente, com D. Pedro I, e defendiam uma maior centralização e um Estado mais repressivo, o que implicava um aparelho jurídico-policial construído pelo viés de um liberalismo conservador. As elites que aderiram mais ao liberalismo defendiam uma menor centralização e um aparelho jurídico-policial menos repressivo. Nesse embate, os liberais conservadores sempre estiveram com a hegemonia, não obstante tenha havido, como nos referimos há pouco, espaço para a institucionalização de figuras jurídico-policiais de cunho mais liberal, como o Juiz de Paz e o juiz municipal, eleitos pelos cidadãos locais, e o *habeas-corpus*. Dessas figuras, a mais importante em reforçar o liberalismo e o poder local era o Juiz de Paz, justamente por ele concentrar em si atribuições policiais, que rivalizavam com as do Intendente de Polícia, posteriormente transformado em Chefe de Polícia, este também nomeado pelo poder central.

Se com D. João VI o Intendente Geral da Polícia exercia o monopólio das atribuições policiais, além das outras atribuições que vimos anteriormente; isto mudaria com a proclamação da Independência, através da criação dos juízes locais: de paz e municipal. A criação do Juiz de Paz foi debatida desde 1822 e proposta à Constituição de 1824, mas a sua institucionalização só aconteceu em 1827, por meio de uma lei de 15 de outubro daquele ano. Essa lei dava ao Juiz de Paz poderes policiais em jurisdições locais, o que provocava um choque de atribuições com Intendente Geral da Polícia.

43. Idem, ibidem.

Holloway entende que a diferença fundamental entre o Juiz de Paz e o Intendente consistia em que o primeiro era eleito localmente, além de ter o seu poder emanado do imperador, enquanto o segundo era exclusivamente nomeado pelo imperador, isto é, pelo poder central. A sua tese é a de que os distúrbios político-ideológicos locais que se avolumaram a partir da abdicação de D. Pedro I, somando a distúrbios locais promovidos por marginais e escravos, sobretudo na cidade do Rio de Janeiro, provocaram a diminuição de poderes policiais por parte dos juízes locais e a monopolização desses mesmos poderes por parte do Chefe de Polícia, promovendo uma maior centralização do aparelho jurídico-policial;[44] era a vitória da reação conservadora.

Antes, porém, dessa vitória, o Juiz de Paz gozava de amplos poderes policiais em suas localidades. Poderes esses que apareciam explícitos em diversas leis, como na que citamos na nota de rodapé n. 6, emitida pela Assembleia Geral Legislativa, em 11.12.1830, endossando uma Resolução do Conselho Geral da Província do Maranhão, concentrando todas as providências policiais no Juíz de Paz, a quem era determinado arrolar todas as pessoas no âmbito de sua jurisdição, com vistas a saber a procedência de cada um, bem como sua idade, ocupação etc., tudo isto com o objetivo policial de se descobrir quem era marginal (principalmente vadio) para se proceder às devidas punições. Outra lei, expedida pelo regente Feijó, em 06.06.1831, visando estreitar a repressão sobre os marginais, determinava, em seu art. 6.°, que os juízes de paz teriam "autoridade cumulativa em todo o município, sobre os crimes policiaes".[45]

A criação do Código de Processo Criminal, em novembro de 1832, acentuou o caráter liberal do aparelho jurídico-policial, principalmente ao criar as figuras jurídicas do *habeas corpus*, da corte aberta com testemunhas, da prisão somente em flagrante delito, do Juiz Municipal e do Juiz de Direito, além de confirmar o poder de polícia do Juiz de Paz. O Juiz Municipal era nomeado pelo Conselho Municipal para exercer funções locais de polícia, junto com o Juiz de Paz, sendo ambos, como já o dissemos, eleitos localmente. Para supervisionar os juízes de paz e os juízes municipais foi criado o cargo de Juiz de Direito, o qual tinha que ter pelo menos 22 anos de idade, ser formado em direito e ter no mínimo um ano de prática de advocacia.

Nos relatórios dos Ministros da Justiça, durante a década de 1830, havia seguidos protestos desses ministros contra o fato de o Juiz de Paz ter mais poderes policiais nas províncias do que o Chefe de Polícia. O ministro

44. HOLLOWAY, Thomas H. Op. cit.

45. Lei de junho de 1831. Op. cit.

Antônio Feijó, em seu relatório de 1832, comunicava aos deputados gerais que "a organização da Polícia em todo o Império deve merecer-vos mui particular cuidado" e que "os juízes de Paz exclusivamente encarregados dela, nem sempre poderão entregar-se ao trabalho, que demandão circunstancias extraordinárias.[46]

O ministro da Justiça Honório Hermeto Carneiro Leão, em relatório de 1833, traça um grave quadro de sublevações em várias províncias para, em seguida, reclamar que o Código de Processo Penal havia substituído o Intendente Geral da Polícia pelo Chefe de Polícia, mas que este "está quasi limitado a transitar noticias aos Juízes de Paz, e a recebel-as delles para as comunicar ao Governo. He fácil portanto ajuizar que o Chefe de Polícia he hum nome vão". Mais adiante, referindo-se especificamente à cidade do Rio de Janeiro, ele procede a uma crítica mais contundente aos juízes de paz:

"(...) em huma Capital como esta, em que ha uma tão grande accumulação de ladrões, e facinorosos, e em que aportão tantos estrangeiros vadios, hábeis na arte de furtar, he indispensável huma Policia melhor montada. Os Juízes de Paz não podem exercel-a satisfactoriamente".[47]

Praticamente todos os relatórios dos ministros da Justiça, durante a década de 1830, criticavam o fato de o Juiz de Paz ter atribuições policiais maiores do que a do Chefe de Polícia e defendiam que este monopolizasse o poder policial, o que, na prática, implicava o fortalecimento do aparelho jurídico-policial a nível central em detrimento do nível local. A resultante desse choque de atribuições policiais envolvendo o Juiz de Paz e o Chefe de Polícia foi a Lei 261, de 03.12.1841, que reformava o Código de Processo Criminal. Por essa lei, já em seu primeiro artigo, "todas as Autoridades Policiaes são subordinadas ao Chefe da Policia". O artigo sexto determinava que as atribuições criminais e policiais dos juízes de paz passassem à competência dos delegados e subdelegados, os quais atuavam localmente e eram diretamente nomeados pelo Chefe de Polícia e a ele diretamente subordinados.

Essa lei veio no bojo da reação conservadora, da centralização do poder, da cristalização do liberalismo conservador. Na análise de Tavares Bastos, a lei de

46. Arquivo Nacional 004-02-82. Relatório do ano de 1831 apresentado à Assembleia Geral Legislativa na Sessão Ordinária de 1832 pelo Ministro e Secretário dos Negócios da Justiça Diogo Antônio Feijó, p. 87.

47. Arquivo Nacional 004-02-82. Relatório do ano de 1832 apresentado à Assembleia Geral Legislativa na Sessão ordinária de 1833 pelo Ministro e Secretário dos Negócios da Justiça Honório Hermeto Carneiro Leão, p. 236.

3 de dezembro de 1841 "estabilizou o aparelho centralizador, o qual descia do imperador ao inspetor de quarteirão".[48]

5. CONCLUSÃO

Como na Europa, o liberalismo que vingou no Brasil foi o de natureza conservadora, ou seja, aquele em que a economia de livre-mercado sobrepujava a participação política. Um liberalismo amparado em Locke, Montesquieu, Benjamin Constant e Adam Smith, além de outros liberais conservadores. Um liberalismo que tinha como propósito fundamental afastar as massas forjadas pela industrialização/urbanização da cena política. Um liberalismo contrário, portanto, ao liberalismo libertário de Voltaire, Diderot, Rousseau e dos enciclopedistas que serviu de parâmetro para o deflagrar da Revolução Francesa e de sua fase jacobina.

O liberalismo libertário, influenciado principalmente por Rousseau, chegou a penetrar no Brasil, antes mesmo do liberalismo conservador, tendo como norte principal o ataque ao colonialismo. Esse liberalismo, que forneceu bases teóricas para algumas de nossas revoltas nativistas, sobretudo as inconfidências mineira e baiana, foi de pronto brutalmente reprimido por Portugal. A vinda de D. João VI introduziu o liberalismo conservador, que passou a atuar na construção de um sistema jurídico-policial de natureza repressiva, o qual vinha de encontro aos interesses dos senhores de terras e escravos. Interesses esses responsáveis pela manutenção do modelo econômico agroexportador, da monarquia, da sociedade estamental e do voto censitário. Após a libertação total do domínio português, o que ocorreu com a volta de D. João VI a Portugal, a proclamação da Independência e a deposição/abdicação de D. Pedro I, os senhores de terras e escravos assumiram de fato e de direito a hegemonia sobre o condomínio oligárquico a nível nacional, monopolizando a direção sobre um Estado a serviço de seus interesses classistas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Emanuel. *O teatro dos vícios. Transgressão e transigência na sociedade colonial*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993.

ARAÚJO, José de Souza Azevedo Pizarro e. *Memórias históricas do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1946. vol. 5.

48. Apud HOLLAWAY, Thomas H. Op. cit., p. 83.

BRETAS, Marcos Luiz. A polícia carioca no império. *Estudos históricos*. Rio de Janeiro: CPDOC/FGV, vol. 12, n. 22, 1998.

CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista. Ensaio sobre o Brasil*. São Paulo: Ed. 34, 1999.

COARACY, Vivaldo. *Memórias da cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1965. vol. 3.

FAORO, Raimundo. *Os donos do poder. Formação do patronato brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Globo, 1984.

FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil. Ensaio de interpretação sociológica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

FOUCAULT, Michel. *As verdades e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Caderno da PUC-RJ, 1974.

_____. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. *História da sexualidade I*. A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FREIRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. Rio de Janeiro: Record, 1992.

GRAMSCI, Antonio. *Concepção dialética da história*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

GURGEL, Heitor. *Uma família carioca do século XVI*. Rio de Janeiro: Livraria São José, 1964.

HOLLOWAY, Thomas H. From justice of the peace to social war in Rio de Janeiro,1824-1841.In: ZIMMERMANN, Edward (Org.). *Judicial institutions in nineteenth century Latin America*. London: Institute of Latin America Studies, 1999.

KIDDER, Daniel. *Reminiscências de viagem e permanência no Brasil (Rio de Janeiro e Província de São Paulo)*. São Paulo: Martins, 1940.

LOBO, Eulalia. O comércio atlântico e a comunidade de mercadores no Rio de Janeiro e em Charleston no século XVIII. *Revista de História*, São Paulo, n.10, jan.-mar. 1975.

LOS RIOS FILHO, Adolfo Morales de. S/d. O *Rio de Janeiro Imperial*. Rio de Janeiro: Ed. A Noite.

LUCCOCK, John. *Notas sobre o Rio de Janeiro e partes meridionais do Brasil*. São Paulo: Martins, 1942.

NOVAIS, Fernando A. A proibição de manufaturas no Brasil e a política econômica portuguesa no fim do século 30 XVIII. *Revista de História*. vol. 33. São Paulo, jul.-set. 1996.

PEREGRINO, Umberto. O exército através da formação brasileira. *Anais do Museu Histórico Nacional*, Rio de Janeiro, vol. XX, 1968.

PONDÉ, Francisco de Paula e Azevedo. *O gás na iluminação e na calefação da cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Companhia Estadual de Gás, 1971.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Ordem burguesa e liberalismo político*. São Paulo: Duas Cidades, 1978.

SCHWARZ, Roberto. As ideias fora do lugar. *Ao vencedor as batatas*. São Paulo: Duas Cidades, 1992.

SOARES, Carlos Eugênio Libano. A capoeira escrava e outras tradições rebeldes no Rio de Janeiro. 1808-1850. Campinas: Ed. Unicamp, 2001.

SODRÉ, Nelson Werneck. Da Independência à República. Evolução do comércio brasileiro. *Boletim de História*, Rio de Janeiro, ano V, n. 7, ago. 1963.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Rio de Janeiro: Record, 1974. vol. I.

WOLKNER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Constituição brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas, de Tércio Sampaio Ferraz Júnior – *RDCI* 17/38-49, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 2/697-713 (DTR\1996\567); e
- Liberalismos políticos, Julio Pinheiro Faro – *RT* 914/283-317 (DTR\2011\4974).

BANDERA, Vinicius. A influência do liberalismo no sistema jurídico-policial durante a formação do Estado Nacional Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 115. ano 23. p. 415-441. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.