Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 23 • vol. 114 • maio-jun. / 2015

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 23 • vol. 114 • maio-jun. / 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. 114 • maio-jun. / 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: [06-2015]
Profissional
Fechamento desta edição: [29.05.2015]



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

Antijuridicidade
Unlawfullness
Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar 17

Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares
A study on corruption offenses between individuals
Luiz Regis Prado e Patrícia Carraro Rossetto 51

Liberdade da vontade, Neurociência e Culpabilidade
Freedom of will, Neuroscience and Culpability
Maria Luiza Gorga e Guilherme Lobo Marchioni 99

Processo Penal

Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da Justiça? Subsídios para um debate, a partir da experiência alemã
Will plea bargaining be able to solve the slowness and overburdening of courts? Elements for a debate, from the german experience
Ana Claudia Grossi 133

A suspensão condicional do processo nos crimes ambientais
The sentence suspension in environmental crimes
Francine Nunes Arantes 173

Legislação Penal Especial

A responsabilidade penal por danos ambientais – Do cenário atual à avaliação *crítica* ao modelo de imputação de entes coletivos e individuais trazidos pela Lei 9.608/1995 no Brasil
Criminal liability for environmental damages – From the current scenario to the critical evaluation of the liability model for corporations and individuals set forth in Law 9.608/1995 in Brazil
Alexandre Wunderlich 203

Crime e Sociedade

Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir
Naming feminicide: knowing, representing, and punishing
Debora Diniz, Bruna Santos Costa e Sinara Gumieri 225

Direito Penal Econômico

Criminalidade de Empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial
Corporate liability – Symptoms and alternatives regarding the difficulty to impose criminal liability on individuals involved in criminal offenses committed in a corporate setting
Danilo Miranda Costa 243

Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira
The criminal procedure applied to white-collar crimes
Diogo Malan 279

Problemas e estratégias da consultoria de *compliance* em empresas
Problems and strategies of compliance consulting in corporations
Imme Roxin
Traduzido por Augusto Assis 321

Criminal Compliance – Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial
Criminal Compliance – Preventing and minimizing risks in the management of corporate activities
Rodrigo Sánchez Rios e Caio Antonietto 341

História

Processo Penal e História – A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo
Criminal Procedure and History – The origin of criminal procedure systems accusatory and inquisitorial
Miguel Tedesco Wedy e Raul Marques Linhares 379

Vestígios da Ciência Penal germanófona – Uma recomendação de leitura
Remains of German-speaking Criminal Law – A recommended reading
Thomas Fischer
Traduzido por Peter Naumann 413

O papel poliédrico do juiz penal – Entre as pressões da hermenêutica e os limites do sistema
The polyhedral role of a criminal judge – Between the pressure of hermeneutics and the limits of the system
Vittorio Manes
Traduzido por Antonio Tovo 457

Direito Por Quem o Faz

Juiz natural e inamovibilidade – A situação dos Juízes Auxiliares da Comarca da Capital do Estado de São Paulo (parecer)
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró 501

Resenha

Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe, de Kai Ambos
Resenha por Pablo Rodrigo Alflen 539

Índice Alfabético-Remissivo

Autores 549

Temas 551

Normas de Publicação para Autores de Colaboração Autoral Inédita 555

Antijuridicidade

Unlawfullness

Eugenio Raúl Zaffaroni

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

Nilo Batista

Professor titular de Direito Penal que foi da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Presidente do Instituto Carioca de Criminologia.

Alejandro Alagia

Professor Adjunto da Universidade de Buenos Aires.

Alejandro Slokar

Professor Adjunto da Universidade de Buenos Aires.

Área do Direito: Penal

Resumo: O texto – capítulo inédito da obra coletiva *Direito penal brasileiro* – trata da antijuridicidade compreendida como síntese da presença da norma na conduta típica (antinormatividade) e da ausência de preceito permissivo. Perante tal visão, todas as justificativas são redutíveis à categoria geral do *exercício de direitos* e ancoradas no princípio constitucional geral da legalidade (art. 5.º, II, CR). Assim, no juízo de antijuridicidade se constatará se a permissão constitucional se sustenta em alguma permissão justificante legal. O polêmico conceito de antijuridicidade material é visitado. A relevância dos chamados elementos subjetivos das causas de justificação é peremptoriamente negada.

Abstract: The text – unpublished chapter of the collective work *Direito Penal Brasileiro* – addresses the illicitness construed as the synthesis of the norm's presence in the typical conduct (unlawfulness) and the absence of a permissive legal provision. In light of such conception, all the justifications are reducible to the general category of the *exercise of rights*, and are founded on the general constitutional principle of legality (art. 5th, II C.R.). Thus, in the evaluation of illicitness, one can assess if the constitutional permission is founded on some justifying legal provision. The controversial concept of material illicitness is addressed. The relevance of the so called subjective elements of the justifying causes is unyieldingly denied.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. Antijuridicidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 17-50. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Antijuridicidade - Fundamento constitucional - Antijuridicidade material - Elementos subjetivos nas justificativas.

KEYWORDS: Illicitness - Constitutional fundament - Material illicitness - Subjective elements in the justifying causes.

SUMÁRIO: I. A dialética entre antinormatividade e exercício de direitos - II. Antijuridicidade e unidade do ordenamento jurídico - III. Antijuridicidade material e formal - IV. Antijuridicidade objetiva e injusto pessoal - V. O critério objetivo como delimitação da justificação - VI. Bibliografia.

§ 40. FUNDAMENTOS E RELAÇÃO COM A ANTINORMATIVIDADE

I. A DIALÉTICA ENTRE ANTINORMATIVIDADE E EXERCÍCIO DE DIREITOS

1. O conceito analítico de delito, útil instrumento para a contenção do poder punitivo, estratifica-se em filtros seletivos, como vimos. Na relação entre tais filtros palpita a contradição entre o poder punitivo que pressiona para superá-los e o direito penal que busca aprimorar seu desempenho; nessa contradição opõem-se as pulsões expansivas do Estado de polícia e a resistência do Estado de direito. Este enfrentamento apresenta maior intensidade na tipicidade, porém de forma alguma se esgota nela. A tipicidade exprime esse enfrentamento no momento de investigar-se a *antinormatividade* da ação, ou seja, a contradição entre a conduta do sujeito e o conteúdo da proibição (tipos comissivos) ou da prescrição (tipos omissivos) consubstanciada na norma deduzida do tipo interpretada de modo conglobado com as demais normas integrantes da legislação vigente.

2. A interpretação integrada das leis impõe antes de mais nada a dedução das normas proibitivas ou prescritivas (mandamentais), compreendendo-se, por força do princípio da reserva legal, que todas as condutas que não estejam expressamente proibidas ou prescritas (mandadas) por tais normas são lícitas. Contudo, mesmo condutas que tipicamente violem tais normas podem estar legitimadas por regras jurídicas reconhecedoras de que, sob determinadas circunstâncias, a realização da ação antinormativa constitui um direito que não pode ser negado ao agente como parte do exercício de sua liberdade social. Das leis não se deduzem apenas normas *proibitivas* ou *prescritivas (mandamentais)*, mas também normas *permissivas*, que cabe harmonizar com as demais. Nesta harmonização, como lembrava Engisch, invertem-se os termos da surrada proposição deôntica: o que está permitido não está proibido.[1]

1. Introducción, p. 36.

3. Os preceitos permissivos são frutos do reconhecimento inevitável de que seria irracional exercer poder punitivo sobre um agente que realizou a ação antinormativa juridicamente autorizado, ou seja, no gozo de sua liberdade. A abstração esquemática do tipo legal enseja que o pragma (tipo fáctico) possa assumir todas as formas imagináveis cujas particularidades não interessem à matéria proibida; entretanto, quando tais particularidades sinalizarem que a ação típica configura para o sujeito uma faculdade de agir, estaremos perante um preceito permissivo.

4. Esses preceitos permissivos se chamam *causas de justificação* ou *causas de exclusão da antijuridicidade* (ou também *causas de exclusão da ilicitude*) ou ainda *justificativas*. A tensão entre tipicidade e causas de justificação constitui, na teoria do injusto, um segundo capítulo dialético imposto pela inevitável exigência legislativa de circunstanciar o antinormativo para evitar que se converta automaticamente em proibição, caso em que afetaria irracionalmente a liberdade. Mediante as justificativas o Estado de direito elide manifestações irracionais do poder punitivo. Não se trata de um jogo de regras e exceções,[2] pois esta é uma questão empírica,[3] sem contar com que o preceito permissivo, ao preservar o espaço geral de liberdade humana garantido pela Constituição, é confirmatório de uma regra; no fundo, a norma e o preceito se encaixam como engrenagens de um dispositivo indispensável para evitar que a norma, derivada de uma fórmula abstrata, inscreva no âmbito da proibição condutas antinormativas que no entanto exprimem o exercício de inegáveis direitos. Tampouco se trata de uma relação entre universal e particular, porque tão universal é a norma violada quanto o preceito permissivo. A maior particularização do último é apenas consequência da estrutural abstração do tipo legal do qual se deduz a primeira. Além disso, *a liberdade confirmada pelo preceito permissivo é o universal por excelência*. A antinormatividade, que resulta de uma conflitividade típica lesiva (tipicidade penal), põe entre parênteses a liberdade de ação até que a existência – ou inexistência – de um preceito permissivo a reabilite (reconhecendo-a como direito) ou a interdite (confirmando-a como ilícita). Dessa forma, nunca se poderá assimilar um feito inócuo a outro lesivo e imputável ao sujeito como obra sua, embora no exercício de um direito no extremo mais conflitivo de sua licitude. As causas de justificação se caracterizam por circunstanciarem a liberdade nesses confins lindeiros da proibição. A interferência de um preceito permissivo

2. Assim entendia Beling, *D.L.v. Verbrechen*, p. 65; Dohna, *Aufbau*, 1941, p. 23; Mezger, *Lehrbuch*, 1949, p. 205.

3. Welzel, p. 80; Juarez Tavares, *Teoria do injusto penal*, p. 247.

supera a contradição entre uma conflitividade típica lesiva e o direito, ou seja, enquanto antinormatividade circunstanciada que o legislador reconhece como exercício de uma faculdade do sujeito.

5. Assim, por um lado o injusto penal não é qualquer conduta antijurídica (ou ilícita), mas apenas aquela que for previamente típica; por outro lado, tampouco uma conduta meramente típica configura o injusto penal, senão quando for também antijurídica (ou ilícita). *Denomina-se injusto penal à ação típica e antijurídica.* Enquanto a *antijuridicidade* (ou ilicitude) é o predicado da conduta resultante de juízo de valor negativo, o *injusto* é a própria conduta humana desvalorada.[4] O injusto penal é uma ação proibida pela lei penal, mas a respeito da qual nenhuma outra lei – penal ou de qualquer outro ramo – reconhece o caráter de exercício de um direito. À conclusão de que determinada conduta configura um injusto penal chega-se através de dois juízos valorativos: (a) o juízo de antinormatividade adstrito às normas proibitivas ou mandamentais que se deduzem dos tipos legais, conglobadas às demais normas (tipicidade); (b) o juízo de antijuridicidade, que não se apresentará quando preceitos permissivos tenham convertido a realização da conduta típica num reconhecido exercício de direito.[5]

6. Os direitos cujo exercício se reconhece nos preceitos permissivos não diferem essencialmente da disponibilidade de bens jurídicos que exclui diretamente a antinormatividade. Apenas, como efeito da exigência de circunstanciar a norma para não propagar uma proibição irracional decorrente da abstração do tipo legal do qual é ela deduzida, são aqueles direitos expressos em preceitos permissivos. Perante a inevitável abstração do tipo legal, preserva-se o princípio da reserva mediante o recurso lógico-dialético segundo o qual a negação da negação é afirmação. Isto não significa que a norma coloca uma proibição que o preceito permissivo destrói, mas sim que *a antijuridicidade da ação típica é a síntese da presença da norma e da ausência do preceito permissivo, enquanto a justificação da ação típica é a síntese da norma e da presença do preceito permissivo.*

---

4. Jescheck-Weigend, p. 185; Welzel via na antijuridicidade uma "pura relação", e no injusto algo "substancial" (*Das Deustsche Strafrecht*, p. 52); o conceito de injusto "*en sentido amplio*" de Polaino Navarrete aproxima-se do de ilicitude (p. 79); entre nós, prevalece a distinção antijuridicidade/predicado – injusto/substantivo (Cezar Bitencourt, Tratado, vol. 1, p. 345; Luiz Regis Prado, Curso, vol. I, p. 355); Juarez Cirino dos Santos frisa o caráter invariável da antijuridicidade em oposição à graduabilidade do injusto (Direito Penal, p. 221).

5. Assim Rudolphi, Hans-Joachim, *Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, p. 371 ss.

7. Quando se propõe, na dogmática jurídico-penal, que os tipos permissivos supõem a existência anterior de um tipo proibitivo ou prescritivo (mandamental), exprime-se algo verdadeiro mas do qual não se pode simplesmente concluir que não teria sentido permitir o que não esteja proibido, conclusão equívoca que conduz a graves contradições. Embora seja certo que não teria sentido estabelecer um tipo permissivo para uma conduta que não estivesse abrangida por um tipo proibitivo ou mandamental, este jogo abstrato de ordem lógica de valorações necessárias para concluir na proibição em sentido estrito não significa absolutamente que a mesma conduta esteja proibida pela norma e que essa proibição sofra uma derrogação pela justificação (tese que dá origem ao *tipo de injusto*) e muito menos que a justificação recorte a proibição concreta da conduta (tese que dá origem à *teoria dos elementos negativos do tipo*). A ordem lógica das valorações à qual está obrigado o intérprete é uma questão metodológica, mas a ação em si mesma não pode considerar-se proibida – *stricto sensu* – até que se conclua o juízo sobre sua antijuridicidade. O tipo legal é *ratio legis* da justificação, que não teria sentido sem um tipo proibitivo, e precisamente por isso a tipicidade só é *ratio cognoscendi* da antijuridicidade (antes de proclamar a proibição, deve o intérprete constatar a ausência de justificação). *Não se trata aqui de uma análise na qual se ponha e se tire, ou na qual se ateste e se recorte, e sim de uma dialética onde se afirma, se nega e se sintetiza.* Embora em sentido extenso possa falar-se de proibição da conduta típica e até mesmo de *contratipo* para referir-se à justificativa ou tipo permissivo,[6] a rigor a tipicidade se estabelece com a antinormatividade, pois a proibição que afeta a liberdade da pessoa só se verifica com o *juízo de antijuridicidade, como síntese da antinormatividade e da ausência de um preceito permissivo que a justifique.*

8. Definitivamente, a diferença entre licitude por atipicidade e por justificação reside em que a primeira se constata apenas com a consideração da inviolabilidade da norma deduzida do tipo, enquanto a segunda depende da incidência de um preceito permissivo, que só interessará à análise jurídica se a ação for antinormativa. A célebre afirmação de que não é a mesma coisa matar uma pessoa em legítima defesa e matar uma mosca[7] é equívoca: ambas as situações compartilham essencialmente a natureza dos fatos lícitos e integram o mesmo substrato de liberdade. No entanto, distinguem-se pela exigência de uma atenção especial na elaboração da síntese dialética quando o exercício de direito coincidiu com a realização de uma ação típica.

6. Wolter, Imputación objetiva..., p. 108 ss.

7. Em resposta à equiparação das duas situações por Kohlrausch (*Irrtum und Schuldbegriff*..., p. 42), Welzel (*Derecho Penal*, p. 98).

9. Por isso, a antinormatividade (exigida pela função conglobante da tipicidade) não passa de um indício da antijuridicidade: se a ação praticada era ou não proibida é algo cuja verificação definitiva depende do juízo de antijuridicidade.[8] Como os preceitos permissivos capazes de neutralizar o indício de ilicitude ativado pela antinormatividade (*causas de justificação* ou *causas de exclusão da antijuridicidade* ou *justificativas*) não provêm apenas da lei penal e sim de qualquer ramo do ordenamento jurídico, a antijuridicidade é uma característica do delito não exclusivamente penal, e sim dada pela totalidade daquele ordenamento.

10. Segundo a chamada *teoria dos imperativos no direito* (ou das normas jurídicas como mandados) não há lugar para preceitos permissivos. Para essa teoria, o ordenamento jurídico *tende a transmitir a todos os súditos um impulso na direção de um comportamento determinado, que pode ser uma ação ou uma omissão,*[9] o que conduz a um injusto fundado na violação do dever e valorado *ex ante.*[10] Bobbio lembra que alguns iusnaturalistas, como Thomasius, sustentavam que a distinção entre moral e direito residiria precisamente em que a primeira manda e o segundo proíbe e, portanto, seria característica geral do direito estar constituído por imperativos, porém apenas por imperativos negativos (de proibição): enquanto a moral recomendaria *fazer o bem,* o direito obrigaria a *abster-se de fazer o mal*, tese em seu momento criticada por Leibniz, ao assinalar que o governante não deve limitar-se a não fazer mal aos cidadãos.[11] Importante objeção ao imperativismo brotou do realismo jurídico, que incorria numa inaceitável ficção ao identificar lei e mandado, já que as normas jurídicas são impessoais e delas não exsurge nem a pessoa que ordena nem a que deve obedecer.[12] Por outro ângulo, a filosofia analítica advoga a irrelevância pragmática dos preceitos permissivos,[13] reduzindo-os à

8. Cf. ROXIN, Claus, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe..., p. 234; FREUND, Georg, *Strafrecht,* p. 63; sobre diferentes teorias, HIRSCH, H. J., *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung...*, p. 27; crítico, Renzikowski, J., *Notstand und Notwehr,* p. 33 ss.

9. THON, A., *Norma giuridica e diritto soggetivo*, p. 12; CARNELUTTI, F., *Teoria generale del diritto*, p. 67-68; BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, p. 82; SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Aproximación...*, p. 223 e 352; HAFFKE, Bernhard, *Die Bedeutung der Differenz...*, p. 89; HOYER, Andreas, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*; KORIATH, Heinz, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, p. 278.

10. Juarez Tavares, *Teoria do Injusto Penal*, p. 158.

11. BOBBIO, *Teoría General...*, p. 84-85.

12. OLIVECRONA, K., *El derecho como hecho*, p. 103-104.

13. Por todos, ECHAVE – URQUIJO – GUIBOURG, *Logica, proposición y norma*, p. 155 ss.

simples função derrogatória das proibições e prescrições[14] ou à pura ausência de proibição.[15]

11. Inverter o princípio constitucional geral da legalidade (aquilo que não está proibido está permitido – art. 5.°, II, CR) para chegar à fórmula equivocada de que *tudo o que não está permitido está proibido* implicaria consagrar um sistema sem lacunas, no qual nada escaparia aos imperativos. Desse princípio só se pode deduzir que *tudo o que não está proibido é lícito*, seja por tratar-se de matéria constitucionalmente infensa à proibição (ações privadas, crenças religiosas ou convicções políticas, condutas não-lesivas),[16] seja à míngua de criminalização primária anterior (*nullum crimen sine lege*). A afirmação de que a invocação de preceitos permissivos pressupõe normas imperativas, baseada em que na ausência do imperativo a permissão seria desnecessária,[17] não habilita a reversão do princípio constitucional geral da legalidade em algo como *tudo está proibido, salvo o permitido*, que bem poderia ser a consigna do Estado de polícia, no qual todo e qualquer ato do súdito está regulado por normas imperativas.

12. Da perspectiva de um Estado de direito, e para uma dogmática jurídico-penal orientada teleologicamente à contenção do poder punitivo, a relação entre proibições e permissões deve impostar-se exatamente ao contrário. Uma prova disso está no fato de que todos os preceitos permissivos – todas as causas de justificação – se inscrevem na categoria geral do *exercício de direitos*, nos quais ressoam e se objetivam permissões de hierarquia superior (constitucional). Impõe-se, pois, conclusão oposta à dos autores que, desde o normativismo idealista, sustentam que a norma é a regra e a permissão é a exceção. Os preceitos permissivos, como parte da liberdade humana garantida pela Constituição e pelo direito internacional, constituem a regra, e os imperativos cons-

14. Fora desse ângulo ROSS, A., *Lógica de las normas*, p. 114.

15. Cf. MOORE, *Legal permissions*.

16. Sobre isso, cf. § 11, I (v. I, p. 225 ss.) e § 28, I, 5 (v. II, I, p. 101-102).

17. Cf. ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio, em *Analisis Lógico y Derecho*, p. 124 ss; também denominada "tese reflexa", op. cit., p. 216; BOBBIO, *Teoría General...*, p. 98; PHILIPPS, Lothar, *Teoría de las normas*, p. 267; sobre o contrassenso lógico da permissão na ausência de proibição incisivamente Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*. Contudo, como os espaços de licitude são dinâmicos e estão sujeitos às tensões contraditórias que lhes impõem seus limites, o sentido de permitir o que não está proibido provém dessa mesma dialética que obriga a preservar os direitos ante sua possível (futura) derrogação ou radicalizá-los para cancelar seus limites, ou seja, a proibição deles fronteiriça. Cf. NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, p. 198-200.

tituem a exceção: tudo é lícito, exceto aquilo que está proibido. Essa é a tese mais tradicional, originada do pensamento iluminista e liberal.

13. A Constituição enuncia direitos e garantias, que podem conceber-se como promessas de não interferência do constituinte ou como normas-autorizações,[18] através das quais estabelece âmbitos de liberdade relacionáveis à vida, à integridade corporal, à expressão de ideias e convicções, à participação política, à propriedade etc. Esses âmbitos de licitude foram se cristalizando historicamente desde a revolução burguesa e continuam em transformação. Sob a designação de direitos civis, políticos e sociais se instituíram como fontes normativas de defesa e proteção do cidadão contra intervenções abusivas do Estado sobre sua vida, liberdade e propriedade (âmbito de licitude civil), sobre seus direitos concernentes à própria cidadania – do sufrágio à participação no exercício do poder (âmbito de licitude política) – e sobre seus direitos básicos de integração social (âmbito de licitude social). Em seu conjunto, tais âmbitos constituem o direito-permissão fundamental no maior grau possível de iguais liberdades subjetivas de ação.[19]

14. A tese imperativista vincula-se, em linhas gerais, à ideia de que os direitos subjetivos são deduzidos do direito objetivo, ou seja, de que as proibições (ou mandados) denotam a existência de âmbitos de liberdade (permissões). Essa perspectiva é compatível com uma dogmática classificatória, própria de Estados legais de direito (sem controle permanente de constitucionalidade), como eram as estruturas políticas e judiciárias dos países europeus nos quais se desenvolveu a teoria penalística até o segundo pós-guerra, porém inadaptável ao Estado constitucional contemporâneo e ao direito internacional dos direitos humanos, que impõem o prévio reconhecimento de liberdades inatas e a excepcionalidade da proibição (ou do mandado). Para uma dogmática teleológica redutora, cabe perfilhar esta última perspectiva, observando-se que nela a antijuridicidade adquire maior sentido, convertendo-se no nível analítico mais estreitamento vinculado ao conceito de Estado de direito. Proclamar a generalidade da licitude e sua simples confirmação através das justificativas não é opinião que apenas sinalize um retorno ao Estado gendarme do liberalismo: o conteúdo geral da licitude é integrado hoje pelas novas gerações de direitos, o que permite multiplicar a investigação sobre justificativas, muito além dos escassos direitos civis que o Estado gendarme em seu momento reconheceu.

18. Para a primeira concepção, VON WRIGHT, *Norma y acción*, p. 100; para a segunda, NINO, Carlos, *Fundamentos*... p. 216.

19. Sobre os chamados direitos cidadãos, Habermas, J., *Facticidad y Validez*, p. 188.

15. Nenhum regime democrático de governo pode compatibilizar-se com um direito à base de imperativos, nem tampouco com permissões excepcionais frente ao imperativo. Isso ficou bem demonstrado no nazi-fascismo e, de modo geral, na história da formação econômico-social ocidental dos últimos três séculos. O capitalismo não opera, e nunca o faria, a partir de autorizações e permissões que isolariam o empreendimento do universo de proibições e mandados; pelo contrário, seu desempenho e sua força provêm de sua capacidade de derrogar, expressamente (como nossa Abertura dos Portos de 1808) ou por dessuetude as velhas normas que paralisam a mudança. A esfera de licitude ingressou na história moderna com as novas sociedades, rompendo os laços com as velhas: as colônias americanas, a França capetíngia e a Rússia czarista não se transformaram – criando novas licitudes – como resultado da derrogação jurídica de normas imperativas. Tampouco as próprias contradições e os retrocessos posteriores motivados em recortes imperativistas alteraram o desenho original. Para o direito moderno, *tudo está proibido, exceto o permitido e tudo está permitido exceto o proibido* podem satisfazer, porque ambas as fórmulas respondem a imagens ideais: a primeira, ao Estado de polícia, e a segunda ao Estado de direito. *Mas esses não são mundos diversos que apenas possam chocar-se, como dois astros, mas são o mesmo e um só mundo, o da liberdade e dos demais direitos positivados com o alcance que lhes assinalem os imperativos: as proibições ou os mandados constituem a medida dos direitos, e nada mais.* É também inimaginável que a partir dos imperativos se possam compreender a notável expansão de velhos direitos e o surgimento de outros, tal como ocorreu após a derrota do nazi-fascismo e o advento do Estado de bem-estar. A afirmação de que as permissões não cumprem qualquer papel no direito moderno, ou de que cumprem o papel decorativo de normas derrogatórias, seguramente escandalizaria o mais conservador dos liberais do século XVIII, porque veria o futuro de sua classe social malogrado pela mesquinharia de seus sucessores e pela ignorância do valor estratégico da criação política de licitude. Embora para ele a liberdade remetesse à ficção de um estado de natureza ou de um contrato enumerador de restrições, essencialmente a liberdade sempre foi entendida como pressuposto e nunca como exceção. Lamentavelmente, não passou muito tempo para que a decadência do pensamento liberal reduzisse o mundo normativo a uma síntese lógica de mandados e proibições, como se a vida social se regulasse por uma permanente ameaça aos cidadãos.

16. Desde a perspectiva redutora, a antijuridicidade (juízo conclusivo sobre a proibição da conduta típica realizada) constitui o oposto das permissões genericamente deferidas pelo princípio da legaliteralidade (art. 5.°, II, CR). Diante do indício de proibição (propiciado pela conduta típica realizada) a

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Antijuridicidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 17-50. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

antijuridicidade não pergunta pela ausência de uma permissão; pelo contrário, *o juízo de antijuridicidade pergunta se a permissão constitucional se sustenta em alguma permissão legal* que, reconhecida, deixa a conduta imune a qualquer interferência da norma (proibitiva ou mandamental) e impede que se habilite poder punitivo sobre o agente. Assim, a tensão entre tipicidade e antijuridicidade se coloca como dilema entre um extenso âmbito de licitude, que luta por consolidar-se e ampliar-se (evitando o avanço do Estado policial pela criminalização secundária) e um marco de ilicitude, estabelecido como indício no tipo legal, que tende a negar vigência à licitude genérica. Quando a permissão deva prevalecer por tratar-se de âmbito de licitude expressamente instituído pela Constituição da República, a criminalização secundária será sustada pela inconstitucionalidade da norma que a autorizou, em franca violação da promessa de não interferência (que não pode ser derrogada por proibição ou mandado). O legislador ordinário não pode restringir a promessa incondicional de não interferência do constituinte através de uma lei criminalizante, que será para sempre inconstitucional. Mesmo uma permissão constitucional relativa, delimitadora de um âmbito de licitude que pode ser constitucionalmente submetido a restrições através de criminalização primária, deve prevalecer quando intervenham as circunstâncias previstas pela permissão legal (causas de justificação). Isto significa que existem permissões (âmbitos de licitude) derrogados por tipos legais, mas que sob circunstâncias especiais podem manter sua vigência. De perspectiva distinta pode-se chegar à mesma conclusão, afirmando-se que: (a) há proibições e mandados que o legislador ordinário não pode estabelecer; (b) há proibições e mandados que o legislador pode estabelecer, porque legitimados pelo crivo da lesividade, em tipos legais; (c) há proibições e mandados em tipos legais constitucionalmente admitidos, cuja vigência depende da ausência de uma permissão legal.

17. O *exercício regular de um direito* (art. 23, III, CP), embora legalmente arrolado como uma entre outras justificativas, representa a fórmula geral de todas as causas de justificação. Hungria preconizava que, na pesquisa de eventual justificação da conduta do agente, se observasse a existência do "exercício de uma faculdade legal", a "realização de um direito outorgado".[20] Também

20. Comentários, I, II, p. 22. Também via na defesa um exercício de direito Vincenzo Cavallo, *L'esercizio del diritto*, p. 63 e 127. O exercício de direito como cláusula geral da justificação em Carbonell Mateu (*La Justificación Penal*, p. 182) e em nosso André de Oliveira Pires (*Estado de necessidade*, p. 55). A Constituição do Perú (art. 2°, inc. 23) situa a legítima defesa como direito subjetivo público (cf. Armaza Galdos, Julio, *Legítima defensa...*, p. 42). Assim a concebeu filosoficamente Schopenhauer: "tenho o

Frederico Marques via no exercício de direito a extensa base da justificação.[21] À proposta de fundamentar na necessidade as justificativas do próprio estado de necessidade e da legítima defesa[22] respondeu superiormente Francisco de Assis Toledo demonstrando que "a autodefesa de direitos constitucionalmente reconhecidos" constitui em si uma faculdade,[23] reconduzível pois ao modelo de exercício de um direito. Vale advertir que as causas de justificação não criam direitos, limitando-se a reconhecer o âmbito de licitude estabelecido a partir da reserva constitucional. Ao considerar que as justificativas criavam direito incidiu-se em equívoco análogo à pretensão de considerar o direito penal como constitutivo da antijuridicidade.[24] Guardando coerência com o caráter fragmentário e sancionatório do direito penal, inafastável a conclusão de que os preceitos permissivos não criam novos direitos e apenas estendem aqueles reconhecidos pela Constituição e pelo direito internacional dos Direitos Humanos a situações em que possa ser difícil reconhecê-los enquanto direitos.

18. Entre as teorias que buscaram um fundamento único para todas as causas de justificação destacou-se aquela elaborada por Dohna,[25] desenvolvida por Eberhard Schmidt,[26] segundo a qual não é antijurídica a ação que constitua "o justo meio para o justo fim". Para além das imprecisões e ambiguidades que inutilizam o emprego dessa máxima, registre-se que ao cabo de contas ela remete inevitavelmente à lei fundamental e aos direitos e garantias nela inscritos, mediação indispensável para aferir se o fim é ou não justo. Outras opiniões assinalam que o fundamento reitor se encontraria na *ponderação (conflito) de valores*,[27]

---

direito de negar uma vontade estranha, opondo-lhe a quantidade de força necessária para afastá-la" (*O mundo como vontade e representação*, p. 356).

21. Tratado, II, p. 108-109.
22. Assim Mestieri, Manual, p. 145.
23. Ilicitude Penal..., p. 20-21. Remonta a Hobbes a consideração da legítima defesa como direito: "um homem não pode renunciar ao direito de resistir a quem o ataque pela força" (Leviatã, cap. XIV). Desenvolvida por Romagnosi, que via no "direito de defesa uma transformação do direito de conservação" (*Genesis*, p. 28), tal concepção tem avançado nos estudos brasileiros: André de Oliveira Pires afirma que o exercício de um direito "constitui base para todas as outras causas excludentes da ilicitude" (*Estado de necessidade*, p. 55).
24. Por exemplo, MALAMUD GOTI, *Legítima defensa y estado de necesidad*, p. 11 e 15.
25. *Aufbau*, p. 27-28 (na trad. *La Ilicitud, p.* 53 ss.)
26. Liszt-Schmidt, p. 198.
27. Noll, em ZStW 77, p. 9; uma síntese dessas teorias em Juarez Cirino dos Santos, Direito penal, p. 224.

ou na *prevalência de um bem na situação concreta*,[28] ou ainda na *regulação socialmente conveniente de interesses e contrainteresses*;[29] ultimamente enunciou-se uma teoria *procedimentalista*, segundo a qual, mesmo quando não se possa constatar limpidamente que a lesão salvou um interesse prevalente, a conduta estará justificada se cumpriu com o procedimento descrito nas leis.[30] As chamadas *teorias pluralistas* combinam critérios: assim, *o princípio da falta de interesse com o do interesse preponderante*;[31] *o princípio do direito preponderante com o de ausência de injusto*;[32] ou mais amplamente, nas *boas razões para praticar uma conduta proibida*, identificadas em três grupos de casos.[33] A rigor, todas essas teorias são pouco satisfatórias quando pretendem eludir a natureza essencial comum de exercício de direito que marca todas as justificativas.

II. ANTIJURIDICIDADE E UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

1. Conceber a *antijuridicidade como juízo definitivo acerca da proibição de uma conduta* pressupõe considerar o ordenamento jurídico como um todo unitário, perante cuja totalidade a conduta ou é lícita ou é ilícita, o que é geralmente admitido pelos autores.[34] A despeito dessa ampla concordância doutrinária, é preciso esclarecer seu sentido. Como visto, o legislador histórico não é necessariamente racional nem imune a contradições: a jurisdição é que não pode incidir na irracionalidade ou na contradição. Quando isso ocorre, temos um escândalo jurídico na simultânea afirmação e negação de um conceito. Por esse ângulo, quando uma conduta é considerada lícita por um ramo do direito não pode ser considerada ilícita por outro. Contudo, *nada impede que uma conduta considerada lícita por um ramo do direito possa gerar obrigações*

28. Armin Kaufmann, em *Fest.f.Klug*, p. 277 ss.; Rudolphi, *Strafrechtsystem*, p. 69 ss.
29. ROXIN, *Kriminapolitik*, p. 15; cf. remissões da nota de rodapé 8.
30. HASSEMER, W., Justificación procedimental en el derecho penal, p. 44.
31. MEZGER, I, p. 409.
32. Blei, p. 109 ss.
33. Jakobs, p. 421.
34. Francisco de Assis Toledo, p. 14; Marcos Destefenni, p. 59; Aníbal Bruno, I, 1.°, p. 341; Heleno Fragoso, Lições, p. 186; Paulo Queiroz, p. 275; Cezar Bitencourt, I, p. 349; Luiz Regis Prado, 1, p. 354; Vela Trevino, p. 81; Beleza dos Santos, Ensaio, p. 80; González Ferrer, *Tipo e injusto*, p. 29; Reta, Adela-Grezzi, Ofelia, *Codigo Penal*, p. 204; Jescheck-Weigend, p. 327; Baumann, Jürgen-Weber, Ulrich – Mitsch, Wolfgang, *Strafrecht*, p. 278; Polaino Navarrete, Miguel, *El Injusto Típico...*, p. 67 ss.

em outro, a partir de distintos fundamentos da responsabilidade próprios de cada ramo. Quando tais fundamentos são diferentes, está explicada a diversidade de consequências jurídicas; a coerência harmônica do ordenamento jurídico se mantém e não há qualquer escândalo. Com maiores razões não encontraremos qualquer contradição quando se trate de valorar condutas dessemelhantes, como por exemplo a ilicitude administrativa da presença não autorizada do agente em lugar de acesso proibido, no qual entretanto atuou ele justificadamente (v.g., em legítima defesa).

2. A partir da constatação de que uma ação justificada pode gerar obrigações reparadoras em sede civil alguns autores passaram a considerar a antijuridicidade apenas como um momento referido ao merecimento e à graduação da pena, motivo pelo qual a ilicitude penal seria qualificada e, portanto, específica.[35] Essa posição, marcadamente minoritária, distingue entre tipicidade e antijuridicidade atribuindo aos tipos legais a função de revelar condutas antijurídicas merecedoras de pena, pelo predomínio dos interesses da vítima; em compensação, no juízo de antijuridicidade propõe que predominem os interesses do autor, diante do que não se trataria de um juízo positivo e sim negativo, a indicar quais casos não mereceriam pena em razão de circunstâncias excepcionais. A antijuridicidade seria, pois, a transição do *antijurídico* ao *antijurídico merecedor de pena*, sem que o juízo negativo de necessidade de pena determine a exclusão da ilicitude para o resto do ordenamento, o que seria coerente com a pretensa função tutelar de bens jurídicos da lei penal. O principal defeito dessa tese reside em imiscuir o preventivismo nos estratos analíticos do delito, comprometendo a invenção dogmática com o mito jamais comprovado da função tutelar de bens jurídicos. Nessa linha, a necessidade de prevenção geral positiva se converte em critério para determinar a presença de todas as características do delito, de forma análoga àquela que, no positivismo monista, permitiu que a perigosidade impregnasse todas as categorias jurídicas. Por essa via, o merecimento de pena priva a antijuridicidade de toda a sua função própria, e embaça as fronteiras entre exclusão do injusto, exculpação e isenção de pena; mais um passo adiante e estaremos destruindo o sistema da

35. Atribui-se a Bucaroni a primeira tentativa, em 1634, de distinguir entre injusto civil e criminal (cf. Gaitán Mahecha, Bernardo, *Curso*, p. 81); na Alemanha, atualmente, Günther, H. L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsauschliessungsgründe*; também em *Causas de justificación...*, p. 48; ainda dele *Rechtfertigung...*, p. 363 ss.; segue-o, na Itália, SCHIAFFO, Francesco, *Reflessioni critiche...*, p. 1075 ss.; um agudo estudo da teoria em DIEZ RIPOLLÉS, J. L., La categoria de la antijuridicidad en derecho penal; cf. Juarez Cirino dos Santos, Direito penal, p. 222.

teoria do delito[36] e nos aproximando de uma teoria unitária determinante do merecimento de pena.

3. Além disso, a relativização da unidade do ordenamento jurídico quanto à antijuridicidade impede que as ações justificadas possam qualificar-se constitucionalmente como exercício de direito, criando uma categoria de ações juridicamente neutras que, sem embargo de ter sido proposta há tempos,[37] é difícil de aceitar-se. A tese da irrelevância de um conceito de antijuridicidade válido para todo o direito produz consequências inadmissíveis: (a) se a antijuridicidade penal se esgotasse num juízo de merecimento de pena, uma conduta penalmente típica porém lícita (justificada) poderia ser ao mesmo tempo antijurídica para o resto do ordenamento jurídico, ocorrendo então que um ramo do direito proclamasse lícito aquilo que para outro ramo não o seria (e esta contradição é algo que a Constituição pretende evitar quando estabelece a republicana "liberdade geral de atuar"[38] – art. 5.º, II, CR – segundo a qual o que não está proibido está permitido, contornado assim o escândalo jurídico); (b) quando essa tese nega que uma ação típica porém lícita (justificada) constitua um exercício de direito, cria uma confusão acerca de sua natureza jurídica, da qual resulta a exigência de elementos subjetivos nas causas de justificação, defeito que compartilha com as demais opiniões que não aceitam o exercício de direito como fundamento justificador geral.

4. Uma compreensão equivocada da antijuridicidade leva à negativa da possibilidade de qualquer consequência reparadora ou sancionatória para toda conduta típica justificada. O equívoco reside em desconsiderar os *diferentes fundamentos da responsabilidade nos diversos ramos do ordenamento jurídico,* e conduz a soluções intoleráveis: quem salvasse sua vida à custa da propriedade de outrem, completamente alheio à periclitância superada, não estaria obrigado a indenizar, embora possuísse formidável fortuna e a destruição de seu patrimônio houvesse reduzido o outro à penúria;[39] a necessidade de anestesiar um preso para salvar-lhe a vida legitimaria a prova obtida por declarações involuntárias prestadas sob o efeito da droga ministrada; etc. Essas soluções

36. Cf. HIRSCH, Joachim, *La posición de la justificación...*, p. 41.

37. Binding, *Handbuch*, p. 765; Beling, *D.L.v. Verbrechen*, p. 168; BAUMGARTEN, *Notstand und Notwehr*, p. 30; sobre isso, KERN, *Grade der Rechtswidrigkeit*, p. 256 ss. Referem esse debate, entre nós, Álvaro Mayrink da Costa, vol. 2, p. 943; Juarez Tavares, *Teoria do Injusto*, p. 156-157; Juarez Cirino dos Santos, Direito Penal, p. 222-223.

38. Expressão de José Afonso da Silva, Curso, p. 209.

39. Tal absurdo não se sustenta no direito privado brasileiro: cf. arts. 188, inc. II e parágrafo único, 929 e 930 CC.

intoleráveis não provêm da admissão da unidade da antijuridicidade e sim da *equivocada tradução desta unidade numa regra segundo a qual o exercício regular de direito, afirmado em sede penal, não poderia acarretar qualquer consequência em outro ramo do ordenamento jurídico*, regra esta fundada na premissa – aparentemente racional – de que o exercício de um direito não pode constituir nenhum ato como ilícito.[40]

5. O equívoco dessa colocação parte do desconhecimento da existência de muitas condutas que, embora exprimam o exercício de direitos, geram responsabilidade civil ou administrativa.[41] O *ato ilícito* do direito privado abrange os atos pessoalmente praticados pelo sujeito, mas pode estender-se aos atos de seus dependentes ou empregados, às coisas de sua propriedade ou que manejou. Temos aí, na culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, modalidades de culpa estranhas ao direito penal, por ele repelidas, mas que desfrutam de cabal legitimidade no foro civil. O desenvolvimento tecnológico e a complexidade social não cessam de introduzir novos matizes nessa modalidade de responsabilização. A responsabilidade civil, inaceitável no direito penal por ser objetiva, introduziu-se para ampliar as margens da reparação, ao influxo da ideia de que a qualquer dano deve corresponder uma indenização. Quando certa conduta penalmente típica exprime o exercício de um direito sua licitude é geral, pouco importando que perante disposições específicas de outro ramo do direito tal conduta possa gerar responsabilidades, já que tais responsabilidades não derivam de uma suposta ilicitude dela, e sim de outros motivos juridicamente fundados, como por exemplo o enriquecimento sem causa.[42] Por isso, também no direito civil se pretendeu considerá-las situações neutras, conceito que não se compadece com a pretensão constitucional de, com base no princípio da reserva, discernir claramente as ações permitidas e as proibidas, as lícitas e as ilícitas.

III. ANTIJURIDICIDADE MATERIAL E FORMAL

1. A *antijuridicidade material*, às vezes concebida como *antissocialidade* da conduta,[43] foi um conceito surgido no calor da disputa entre o positivismo

40. Cf. Larrauri, Elena, *Causas de justificación*, p. 71.

41. Cf. Binding, *Handbuch*, p. 770; BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht*, p. 277; Grisanti Aveledo, Hernando, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 157; em posição contrária, Jair Leonardo Lopes, Curso, p. 141.

42. RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, *Las causas de justificación*, p. 239 e 245.

43. NAGLER, Johannes, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, p. 357; sobre o percurso do conceito, Miguel Reale Júnior, *Antijuridicidade concreta*, p. 99 ss.

jurídico e o positivismo sociológico. Frente ao primeiro, von Liszt opôs, a partir do segundo, tal conceito, afirmando que uma conduta é formalmente ilícita enquanto violação da proibição ou do mandamento contidos em norma estatal, e é materialmente antijurídica enquanto socialmente danosa (antissocial ou associal).[44] Essa duplicidade conceitual fundamentou-se da forma a seguir exposta. *A ação antijurídica (ou ilícita) representa agressão a um interesse vital individual ou coletivo protegido por normas jurídicas: portanto, é lesão ou periclitação de um bem jurídico. Mas este princípio requer uma explicação limitativa. Proteger interesses vitais é a mais próxima tarefa das normas jurídicas. Não obstante, por mais cuidadosa que tenha sido a delimitação dos interesses vitais (que com a tutela penal se convertem em bens jurídicos), não se pode excluir totalmente o conflito de interesses, a colisão de bens jurídicos. Os objetivos da convivência humana, cuja garantia configura a mais elevada tarefa do ordenamento jurídico, exigem que nesses casos se sacrifique o interesse de menor valor sempre que este for o único recurso para preservar o interesse juridicamente mais valioso. Resulta daí que a lesão ou periclitação de um bem jurídico será antijurídica apenas quando estiver em contradição com os objetivos da convivência humana regulada pelo ordenamento jurídico. Ou seja, a conduta será materialmente adequada ao direito, a despeito de dirigir-se contra interesses reconhecidos, se corresponder aos objetivos da convivência humana juridicamente regulada.*[45] Assim, a antijuridicidade material não era para von Liszt algo criado pelo legislador, mas sim algo presente na realidade social da aplicação do direito. O objetivismo valorativo do positivismo sociológico impunha esta solução, que von Liszt não levava às últimas consequências, pois dela não extraía conclusões questionadoras da segurança jurídica, já que não aceitava que, em caso de divergência, o juiz se afastasse da legislação guiado tão somente pela antijuridicidade material, que encontrava um limite formal na lei como Carta Magna do infrator.[46]

---

44. Liszt, *Lehrbuch*, p. 139. Com a tradução de José Hygino a distinção chega ao Brasil: cf. Galdino Siqueira, Tratado, vol. I, p. 307.

45. Liszt, p. 140.

46. Ibidem. Galdino Siqueira frisava que "o juiz fica ligado pela lei: corrigir o direito vigente está além dos limites de sua missão" (op. cit., p. 309). Também nas pegadas de Liszt, Aníbal Bruno preconizava que, havendo discordância entre a antijuridicidade material e o ilícito formal, "é a este último (...) que fica subordinado o juiz" (Direito Penal, I, 1.°, p. 344). No mesmo sentido, Magalhães Noronha, I, p. 98. Para Francisco de Assis Toledo, a distinção antijuridicidade formal e material é "perfeitamente dispensável" (*Ilicitude penal*, p. 10).

2. O precavido respeito de Liszt pela lei penal foi rapidamente abandonado por outros autores que lançaram mão do conceito de antijuridicidade material; aquele objetivismo valorativo não suportou por muito tempo os limites legais, logo ridicularizados como *preconceitos liberais ou burgueses*. Ao mesmo resultado desacreditante chegaria o positivismo italiano quando tomou por antijuridicidade material um inextricável *dano público*.[47] O nazismo produziria sua versão *völkisch* que no lugar da sociedade civil colocou o povo, referindo-se portanto à antijuridicidade material como danosidade ao povo, e considerando toda tipicidade como danosidade formal na qual palpita simultaneamente um indício da danosidade popular.[48] Também no direito penal soviético o perigo para a sociedade socialista dava conteúdo à antijuridicidade.[49] Esses conceitos de antijuridicidade material como danosidade social completam-se com a sistemática napoleônica das infrações da Parte Especial. Rebatizada, a antijuridicidade material seria empregada pelo idealismo atual. Antolisei, embora refutasse as afirmações de Rocco,[50] frisava que a razão substancial das justificativas excluírem a ilicitude seria facilmente descoberta na falta de dano social.[51] Recorde-se que Antolisei foi o autor italiano mais estudado na União Soviética durante a elaboração do código de 1960[52]. Com razão se disse, na própria Itália, que com antijuridicidade material *ou se quer dizer algo óbvio e por todos aceito, ou se quer dizer algo distinto, porém neste caso estamos fora do esquema constitucional penal de nosso ordenamento*.[53]

3. Além do fato de a ele terem recorrido os regimes autoritários e os Estados legais de direito em conjunturas de emergência punitiva, o conceito de antijuridicidade material tem consequências práticas imediatas que possibilitam sua incorporação por políticas criminais irracionais: a admissão de *causas supralegais de justificação* e de um *injusto supralegal*. As justificativas supralegais entraram na arena penalística por uma dupla via filosófica:[54] de um lado, o fim reconhecido pelo Estado de von Liszt,[55] e de outro o neokantismo, com a *esfera*

47. Ferri, *Principii*, p. 572 ss.

48. SIEGERT, Karl, *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, p. 347.

49. Zdravomíslov et al, p. 62. Para o direito socialista chinês e cubano, GÓMEZ, P. C., *El principio de la antijuridicidad material*, p. 52-56.

50. Op. cit., p. 150-152.

51. Idem, p. 207.

52. Napolitano, *Il nuovo codice penale sovietico*, p. 95.

53. Nuvolone, *Il sistema...*, p. 106.

54. HEINITZ, Ernst, *Das Problem der materiellen Rechtswidrigket*, p. 108.

55. *Lehrbuch*, p. 55.

de liberdade de Max Ernst Mayer[56] e contribuições do conde Dohna.[57] Sustentar a existência de causas de justificação que não estão na lei implica aceitar a formação extralegislativa do direito;[58] mais um passo de coerência argumentativa e caberia também sustentar que existe um injusto supralegal nos casos em que *a antijuridicidade material abrangeu o que não seja formalmente antijurídico*. Tal raciocínio, de conteúdo jusnaturalista, apareceu no pós-guerra, como reação ao positivismo jurídico que, embora tratado pelo nazismo como instrumento do liberalismo burguês,[59] era o mais invocado argumento defensivo dos acusados por crimes de guerra. Daí que, passada a guerra, sobreviesse uma reação contra o positivismo diante das atrocidades praticadas dentro da legalidade nazista, admitindo-se a supralegalidade do injusto e seu reverso, as causas de justificação supralegais, embora estas últimas se beneficiassem também das carências do texto alemão de 1871.[60]

4. A mais elementar segurança jurídica recusa a introdução indiscriminada de qualquer critério pretensamente sociológico capaz de arbitrariamente constituir ou eliminar a antijuridicidade. Valendo-se de um tal critério seria possível tanto criminalizar inocentes quanto inocentar os genocidas nazistas, mas no direito contemporâneo não encontram ressonância os problemas do vácuo de legalidade do pós-guerra por causa do extraordinário desenvolvimento do direito internacional nas décadas subsequentes. A incorporação de declarações, convenções e pactos do direito internacional dos direitos humanos à ordem constitucional brasileira permite equacionar a questão sem necessidade de apelar à construção jusnaturalista de um injusto supralegal. Remanesce a pergunta sobre a utilidade de um conceito material de antijuridicidade estritamente para restringi-la, segundo uma fórmula genérica[61] ou através de cau-

56. Op. cit., 1915, p. 287 ss.

57. *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestarde strafbarer Handlungen.*

58. Cf. Nuvolone, op. cit., p. 210; também DA COSTA, Paulo J., Consideraciones acerca de la supralegalidade en el derecho penal.

59. Assim o considerava THIERFELDER, Rudolf, *Normativ und Wert in der Strafrechtswissenchaft unserer Tage, p.* 24-25.

60. Cf. Heinz, Ernst, *Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, p. 266 ss.

61. Em seu *Ensaio do Código Criminal*, Mello Freire propôs uma fórmula para o princípio da lesividade que implicaria antijuridicidade material: "Os factos, que não offenderem a sociedade, nem os indivíduos della posto que sejão illicitos não serão reputados verdadeiros delictos" (Tit. I, § 5.º).

sas de justificação supralegais. O debate sobre tais causas será exposto mais adiante. Contudo, os graves riscos de ativação do injusto supralegal não são compensados por qualquer vantagem redutora, já que no direito brasileiro os preceitos permissivos são claramente dedutíveis da ordem jurídica, e a lei penal prevê as situações justificantes (art. 23 CP), enucleadas, como mais tarde se verá, na fórmula do *exercício regular de direito.*[62]

5. Frequentemente se entende a antijuridicidade material como algo óbvio e usualmente referido em outros termos, ou seja como a exigência de lesividade.[63] Neste sentido é valido afirmar que a tipicidade conglobante da conduta representa um indício de sua lesividade, que se confirmará apenas quando a permissão constitucional não prevaleça, permanecendo íntegra a proibição à míngua do contexto previsto ou de elementos integrantes de uma permissão legal ou tipo permissivo.[64] A rigor, somente após tal confirmação se poderia reconhecer que o bem jurídico foi afetado. Mas para isso é preferível prescindir de uma expressão tão carregada de problemas semânticos. Frise-se que a tarefa dogmática de fixar os limites de uma causa de justificação por vezes exigirá que se recorra a pautas sociais de conduta não estabelecidas completamente pelo ordenamento jurídico, embora por certo não desautorizadas por ele. Pensemos nas dificuldades que por vezes se apresentam para a caracterização do *mal menor* no estado de necessidade.[65] Embora o ordenamento jurídico proveja alguns critérios axiais, a partir das valorações constitucionais, é possível que em certos casos seja indispensável consultar pautas sociais. Mas isso definitivamente não implica numa dependência que a antijuridicidade mantenha para com alguma *danosidade social*, ou para com a lesão a *normas de cultura,*[66] ou ainda para qualquer outro vago conceito que remeta, sob pretexto sociológico, a objetivações valorativas preconcebidas. Também aqui não vale a pena empregar uma expressão que gera mais confusão do que clareza.

62. Como visto (v. II, t. I, p. 231 ss.), sustentamos que o *cumprimento de um dever jurídico* exclui a tipicidade conglobante.

63. Para Juarez Cirino dos Santos, a antijuridicidade material "exprime a lesão injusta do bem jurídico" (*Direito penal*, p. 220); para Álvaro Mayrink da Costa, ela "se relaciona com o bem jurídico protegido" (*Direito penal*, vol. 2, p. 957).

64. Cf. Jescheck-Weigend, p. 322; Wessels, p. 55.

65. HERRERA, Julio, *La reforma penal*, p. 446; PECO, José, *La reforma penal argentina*, p. 38; Fontán Balestra, II, p. 174 ss.

66. Visível influência de Max Ernst Mayer em Sergio Vela Treviano, embora em sua definição de antijuridicidade mencione a oposição da conduta "a la norma cultural reconocida por el Estado" (*Antijuridicidad y Justificación*, p. 153).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Antijuridicidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 17-50. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

6. Em síntese, quem nessa controvérsia optasse por uma referência à *materialidade* poderia concluir que não existem dois conceitos de antijuridicidade, pois ela é sempre material no sentido de que sempre envolve uma efetiva afetação do bem jurídico,[67] para cuja determinação muitas vezes o legislador não dispõe de outro caminho senão remeter-se a pautas sociais de conduta. Contudo, para além disso, a antijuridicidade é sempre *formal,* porquanto seu fundamento (eventualmente não toda a sua determinação) não pode ser outro senão o texto legal. Consequentemente, não existe um *injusto legal* e outro *injusto supralegal*: todos os injustos são legais e ostentam um conteúdo material de lesividade. Da negação de um injusto supralegal se deriva a inexistência de causas supralegais de justificação. O fato de que, ocasionalmente, para a determinação das permissões (conteúdo do exercício de um direito) a lei busque complementar-se na remissão a pautas sociais não significa que estas constituam justificativas supralegais; ao contrário, continuam sendo legais, precisamente em virtude da remissão.

IV. ANTIJURIDICIDADE OBJETIVA E INJUSTO PESSOAL

1. A discussão sobre a natureza objetiva ou subjetiva da antijuridicidade e do injusto é muito extensa e pouco nova: em verdade, não há coincidência nem ao menos quanto ao que se pretende rotular como *objetividade* ou *subjetividade* neste campo.[68] Na história do pensamento penal às vezes esses rótulos queriam exprimir a objetividade ou subjetividade do injusto, e outras a exclusão ou inclusão de motivações no âmbito da ilicitude; aqui representavam a exigência ou dispensa de elementos subjetivos na justificação, ali a necessidade da imputabilidade do autor, e assim por diante.

2. Quando Ihering formulou o conceito de antijuridicidade no direito privado, distinguindo-o da culpabilidade (subjetiva) que requer a imputabilidade,[69] assentou-o em base objetiva, e esta característica se radicalizou tanto que Löffler enunciou uma teoria segundo a qual mesmo um fato não humano poderia ser antijurídico.[70] Dividiu-se a doutrina entre concepções chamadas *ob-*

67. Mir Puig, Santiago, *Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal*, p. 5, 9 e 40.

68. Welzel, p. 51; Schurmann Pacheco, R., *Aspectos de la antijuridicidad...*, p. 44 ss.

69. JHERING, Rudolph, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht.

70. LÖFFLER, Alexander, *Unrecht und Notwehr, p.* 527 ss.; sem o mesmo exagero, NAGLER, Johannes, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, p. 343.

jetivas (von Bar, Köhler, Beling) e *subjetivas*, entre as quais destacou-se a elaborada por Adolf Merkel.[71] As *teorias dos imperativos* parecem situadas entre ambas as posições,[72] já que, de modo geral, procuram delimitar um círculo de autores aos quais possam dirigir-se as normas. A rigor, essas teorias perderam interesse, e o debate está agora centrado na estrutura do injusto. No Brasil, predominou tradicionalmente uma concepção objetiva,[73] rompida a partir dos primeiros ensaios finalistas.[74]

3. O sentido – poder-se-ia dizer histórico – da expressão *antijuridicidade objetiva*, que pretendia distinguir um injusto rigidamente objetivo da culpabilidade subjetiva, foi descartado pelos avanços da teoria do delito que detectaram elementos subjetivos no injusto e logo construíram o tipo subjetivo. Domina hoje amplamente o reconhecimento da natureza complexa (objetiva e subjetiva) do injusto, eis que se trata de uma conduta humana. Quanto à antijuridicidade (desvaloração que converte a conduta típica em injusto), é preciso determinar claramente o que seria sua objetividade. *A antijuridicidade é objetiva em dois sentidos.* (a) Em princípio, a ilicitude da conduta concreta é estabelecida segundo um juízo predominantemente fático e não valorativo: o juízo valorativo é realizado pela lei constitucionalmente ancorada, que se limita a concretá-lo na derrogação de um âmbito de liberdade constitucional e na consequente afirmação definitiva da proibição diante da ausência de uma permissão que mantivesse o original *status libertatis*. Assim, o juiz realiza um juízo objetivo, no qual preponderam considerações factuais, pois o legislador já realizara um juízo valorativo. (b) Em outro sentido, a ilicitude é objetiva porque desconsidera a possibilidade do sujeito, e dele exigível, de realizar outra conduta normativamente motivada, matéria que pertence à culpabilidade. Portanto, é correto afirmar que a antijuridicidade é objetiva quando se faz referência a sua

71. MERKEL, Adolf, *Zur Lehre von den Grundeinteilungen des Unrecht und seiner Rechtsfolgen*; também dele, *Lehrbuch*, §§ 4.° e 5.°; também podem ser consideradas subjetivas as construções de HERTZ, Eduard, *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts*,e de VON FERNECK, Hold, *Die Rechtswidrigkeit*; sobre isso, LAMPE, Ernst Joachim, *Das personale Unrecht*.

72. THON, August, *Rechtsnorm und subjektives Recht*; também Bierling; cf. LAMPE, op. cit., p. 20 ss.

73. Galdino Siqueira, Tratado, vol. I, p. 312; Nélson Hungria, Comentários, vol. I, t. II, p. 22; Aníbal Bruno, vol. I, t. 1, p. 344; Frederico Marques, Tratado, vol. II, p. 102 ss.; Magalhães Noronha, vol. 1, p. 99.

74. Por todos, a concepção objetivo-subjetiva de Miguel Reale Júnior, *Antijuridicidade concreta*, p. 91 ss.

materialidade, e constitui um equívoco afirmá-lo quando se pretenda aludir a seu objeto de valoração (ao injusto), com seus conteúdos físicos e psíquicos.[75]

4. Um problema diferente e especial surge com os chamados *elementos subjetivos da justificação*,[76] que consistiriam na suposta exigência de que o sujeito que atua justificadamente tenha conhecimento das circunstâncias objetivas em que atua: saiba que está sendo agredido, ou que um mal maior o ameaça etc. Os autores que sustentam tal opinião coincidem em que tal conhecimento não abrange compreender a juridicidade da própria atuação, mas tão somente as circunstâncias objetivas do chamado tipo permissivo correspondente. Tratar-se-ia, pois, de uma ultrafinalidade que transcenderia o tipo: o sujeito atuaria dolosamente (aquele que se defende da agressão injusta conhece e quer ferir o agressor) *com o fim de* obter outro resultado (impedir ou conter a agressão). No Brasil essa opinião, rechaçada pela doutrina tradicional que se interessou por ela[77] e quase totalmente ignorada pelas monografias,[78] passou a predominar com a recepção da teoria finalista.[79]

---

75. Cousiño MacIver, p. 425.

76. Para o estado atual da questão, SANZ MORÁN, Angel J., *Los elementos subjetivos de la justificación;* TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal;* GIL GIL, Alicia, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación.*

77. Por exemplo, Frederico Marques, Tratado, vol. II, p. 110 e Hungria, Comentários, vol. I, t. II, p. 22. Mais tarde, no estudo da legítima defesa, Hungria formulará o seguinte exemplo: "se Tício, ao voltar à noite para casa, percebe que dois indivíduos procuram barrar-lhe o passo em atitude hostil, e os abate a tiros, supondo-os policiais que os vão prender por um crime anteriormente praticado, quando na verdade são ladrões que o querem despojar, não se lhe pode negar a legítima defesa" (p. 289).

78. LEMOS SOBRINHO, *Legítima defesa*; J. Rodrigues de Meréje, *A legitima defesa*; Célio de Melo Almada, *Legítima defesa* (que menciona o problema – posicionando-se, aliás, adequadamente – ao tratar dos positivistas, p. 49); Délio Magalhães, *Causas de exclusão do crime*; a exceção é Marcello Jardim Linhares, *Legítima defesa*, p. 336, para quem, acertadamente, "o que se deve levar em conta é o fim objetivo da ação e não os fins subjetivos do agente". Em trabalho recente, Jacson Zilio resenha o debate e posiciona-se contra o requisito de uma "intenção defensiva" (*Legítima defensa*, p. 177 ss.). Pioneiramente entre nós, Pedro Vergara recorria às representações do defendente para estabelecer a necessidade e os limites da defesa (Da legítima defesa subjetiva, 1. ed. 1929).

79. Heleno Fragoso, Lições, P.G., p. 190; João Mestieri, Manual, p. 145; Francisco de Assis Toledo, *Ilicitude penal...*, p. 23; Heitor Costa Jr., Elementos subjetivos nas causas de justificação, em RDP 23/41 ss.; Juarez Cirino dos Santos, Direito penal, p. 225; Luiz Regis Prado, Curso, vol. 1, p. 356; Cezar Bitencourt, Tratado, v. I, p. 359; Paulo

5. Refutar os chamados elementos subjetivos de justificação é algo inevitável para aqueles que postulam um injusto objetivo;[80] já a admissão de um injusto complexo (objetivo-subjetivo) levaria necessariamente à incorporação de tais elementos. Segundo essa última perspectiva, quem não sabe que se defende (ou que exerce seu direito) não poderia atuar justificadamente.[81] Este rígido enquadramento doutrinário tende a se flexibilizar. A incorporação dos elementos subjetivos do injusto (hoje tratados como elementos subjetivos do tipo distintos do dolo) não afetou a questão, já que nem Hegler nem M. E. Mayer admitiam elementos subjetivos na justificação; além disso, parte da doutrina posterior que manteve o dolo integrando a culpabilidade – ou seja, uma teoria predominantemente objetivadora do injusto – também reivindicou elementos subjetivos de justificação, pretendendo uma correspondência simétrica.[82] Essas posições, sustentadas inclusive por alguns dos mais ortodoxos neokantistas, revelam que a *tendência a eticizar* a relevância da justificação através da exigência dos elementos subjetivos é *anterior e independente da concepção complexa do injusto*. Para além da comprovação histórica, contudo, impõe-se a demonstração lógica de que *não existe razão para sustentar que o conceito complexo do injusto imponha a exigência de elementos subjetivos de justificação*.

6. Concebida a antijuridicidade como juízo que verifica se um preceito permissivo confirma a vigência de um âmbito de liberdade (= licitude), ou não (= ilicitude), a exigência de qualquer elemento subjetivo de justificação aparece como totalmente desnecessária e até mesmo aberrante no Estado de direito. Ninguém está jungido a conhecer em quais circunstâncias atua quando atua no exercício de um direito. A rigor, quem imagina estar cometendo um crime quando na verdade está exercendo um direito só pratica o delito em sua imaginação, porque no mundo real sua conduta é lícita. A impunidade do delito

---

Queiroz, Direito Penal, p. 276. Em sentido contrário, Juarez Tavares enfatiza as "perplexidades" que essa posição teórica produz (*Teoria do injusto penal*, p. 153).

80. Hippel, II, p. 210; Nowakowski, F., *Zur Lehre der Rechtswidrigkeit*; WEGNER, Arthur, *Strafrecht*, p. 121; Merle, Roger – Vitu, André, *Traité de Droit Criminel*, p. 297.

81. Heleno Fragoso, Lições, P.G., p. 190; ARMAZA GALDÓS, Julio, *Legitima defensa y estado de necesidad justificante*, p. 125; Carmen Argibay, em Baigún – Zaffaroni, *Código Penal y normas complementarias*, I, p. 630; Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, II, p. 134; Moccia, Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore*, p. 205; Toledo y Ubieto, E.O. – HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal*, p. 191; Eser, Albin – Burkhardt, Björn, *Derecho Penal*, p. 99; Fletcher, G. P., *Conceptos básicos...*, p. 205; cf. outros autores brasileiros na nota 79.

82. Mezger, *Libro de estudio*, p. 129; para seu desenvolvimento na Espanha, HUERTA TOCILDO, Susana, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, p. 75.

putativo (ou imaginário) é indiscutível: como pensar-se em excluir a justificação quando ela existe objetiva e soberanamente? A única possibilidade de fundamentar os elementos subjetivos de justificação é fazer recair a desvaloração do juízo de antijuridicidade sobre o *animus* desobediente à vontade do Estado; mas, por esse caminho, chega-se rapidamente à perigosa conclusão de que só existe um bem jurídico, que seria essa vontade estatal à qual os súditos devem irrestrita fidelidade.

7. *A obscuridade que em geral cerca este tema se deve à concepção da justificação como derrogação da proibição, a partir da qual a justificação se constrói conceitualmente a partir da proibição e não a partir da permissão, enquanto confirmação da liberdade geral constitucional do cidadão.* Se a justificação for elaborada a partir da proibição, parece lógico concluir que se um estamento é complexo o outro também deveria sê-lo. Mas se a justificação for elaborada a partir da permissão, na qual se confirma o âmbito de liberdade social, tal clonagem estrutural seria dispensável. Montar as permissões arrancando das proibições constitui uma verdadeira inversão no procedimento metodológico: esta inversão, ancorada seja no imperativismo das normas seja no preventivismo das penas, determina que o conteúdo das representações e da vontade, ou mesmo a simples intenção do sujeito, não apenas fundamentem o tipo mas também se reflitam numa especial subjetividade da estrutura permissiva. Tal extensão imperativista do valor fundante do dolo tampouco é válida perante uma dogmática funcional-redutora, porque nela o dolo não fundamenta e sim limita (subjetivamente) o poder punitivo. Quando se postula a justificação a partir da permissão (da não-proibição), reconhecendo-se que o justificado não se distingue essencialmente do não-proibido, torna-se inadmissível que as condutas justificadas sejam tomadas por antijurídicas quando os agentes não sabiam o que faziam. Critério similar cassaria o direito de professar livremente seu culto religioso à pessoa que acreditasse estar fazendo outra coisa.

8. Enquanto, sob o signo do causalismo, a doutrina de modo geral negava rotundamente o requisito de elementos subjetivos na justificação, havendo quem os admitisse apenas em casos particulares como a legitima defesa,[83] os partidários do conceito complexo de tipo pronunciaram-se unanimemente, desde sua origem, por sua admissão.[84] Cabe mencionar, por sua clareza pe-

83. Baumann, p. 291 ss.; RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Las causas de justificación*, p. 137 e 232.

84. Welzel, p. 83-84; Maurach, p. 301 ss; NIESE, p. 17; Weber, *Grundriss*, p. 88; Wessels, p. 55; Bockelmann, p. 94; COUSIÑO MACIVER, Luis, *Los integrantes subjetivos de la justificación*, p. 26 ss.; Maurach-Zipf, p. 368; PERRON, Walter, Justificación y exculpación

dagógica, a lição de Nino: *o estado de necessidade, a legítima defesa e qualquer outro exercício de direito justificam a respectiva ação independentemente dos motivos, das intenções e dos conhecimentos do agente. Tal conclusão é imposta pela concepção liberal segundo a qual a lei penal não se destina a prevenir atividades subjetivas indignas que possam implicar uma degradação moral do sujeito, mas tão somente ofensas socialmente indesejáveis. Quem, sem sabê-lo, previne a superveniência de um mal maior ou, sem querê-lo, repele uma agressão injusta, não pratica uma ofensa socialmente indesejável, que a lei teria almejado prevenir, qualquer que seja o efeito que sua conduta produza sobre o valor de seu caráter moral.*[85] O exemplo retomado por Molari é convincente: "quem por inveja quebra a janela do vizinho e sem saber" – acrescente-se sem querer – "o salva da asfixia"[86] tem seu crime de dano (art. 163, CP) justificado pelo estado de necessidade.

9. Os partidários dos elementos subjetivos na justificação postulam geralmente apenas o conhecimento da situação justificante e não a intenção dirigida à respectiva finalidade, dispensado assim o fim de defender-se ou o fim de salvar o bem mais valioso, o que não é muito explicável.[87] O argumento de que tal dispensa eludiria incidir-se num direito penal de ânimo[88] é insustentável: supõe-se que o conhecimento da situação justificante suportaria a respectiva finalidade. Por outro lado mesmo aqueles autores que reconhecem que nesses casos existe um resultado injusto apegam-se a um (duvidoso) desvalor da ação,[89] o que provoca notável desentendimento entre eles quanto à solução jurídico-penal na ausência dos elementos subjetivos de justificação: para uns, caberia reconhecer tentativa ou tentativa inidônea,[90] enquanto outros enxergam um crime consu-

---

en derecho penal alemán, p. 102; para a literatura brasileira, onde também se percebe a decisiva influência do tipo complexo proposto pelo finalismo, cf. os autores citados na nota n. 79.

85. NINO, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 168, 332, 335 e 470 ss.

86. MOLARI, Alfredo, *Profili dello Stato di Necessità*, p. 33, nota 44-*bis*.

87. Assim FRISCH, Wolfgang, Grund- und Grenzproblem des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements, p. 149.

88. Assim PERRON, op. cit., p. 103.

89. Se, como se sustenta desde o finalismo, a justificação cancela o injusto por compensação, para ser coerente caberia exigir naquele que se defende não apenas a intenção de defender sua pessoa mas também a de defender o ordenamento jurídico; esta crítica em RÖTTGER, Wolfgang, *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss nach den finalistischen Straftatlehren und nach materielen Konzeption*.

90. Assim, Weber, *Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, p. 261; SCHAFFSTEIN, *Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre*, p. 196 ss.; Schönke-Schröder, p. 412; ROXIN, p. 600; FRISCH, W., Grund- und Grenzproblem..., cit., p. 138 ss; Herz-

mado[91] com um elemento atenuante.[92] A opção pela solução da tentativa recorre à analogia,[93] supondo que o faz *in bonan partem*. A rigor é insustentável que se trate de uma verdadeira tentativa, porque em nenhum momento o sujeito incorre numa conduta realmente proibida, dado que o início da execução está objetivamente justificado. Os elementos subjetivos da justificação representam uma criação teórica da eticização penal alemã dos anos trinta, logo generalizada em sua literatura, e que se mantém apenas em seu âmbito de influência.[94] Tal criação teórica é refutada quase unanimemente na Itália (onde os autores remetem ao art. 59 de seu Código Penal[95]), bem como na Holanda e na França.[96]

---

berg, R.D., Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage, p. 191; HRUSCHKA, J., Der Gegenstand der Rechtwidrigkeitsurteils nach heutigen Strafrecht, p. 16 ss.; Nowakowski, Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe, p. 578; PRITTWITZ, Der Verteidigungswille als subjektives Merkmal der Notwehr, p. 76; RUDOLPHI, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, p. 58; SCHÜNEMANN, *Die deutschsprächige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform*, p. 373; Jakobs, p. 435; Trechsel, Stefan, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 107. Sustenta-se, assim, que a esposa ciumenta que aguarda de madrugada a chegada do marido, com o rolo de preparar massas à mão, e golpeia o ladrão que ingressava na casa não atuou em legítima defesa, e deveria ser castigada por tentativa de lesões corporais contra o marido, embora fique inexplicada a impunidade das lesões praticadas no ladrão (cf. Freund, Georg, *Strafrecht*, p. 68-69).

91. Welzel, p. 92; Zielinski, p. 259; Schmidhäuser, p. 292; Niese, *Finalität und Handlung*, p. 18, HIRSCH, *L. K.*, n. 59 e 61 do § 32.

92. K, J.M., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal.*

93. Assim TRIFFTERER, Otto, *Zur subjektiven Seite des Tatbestandsausschliessungs– und Rechtfertigungsgründe*, p. 209.

94. Como material para a *Rechtsfeindlichkeit*, SPENDEL, Günter, *Gegen den 'Verteidigungswillen' als Notwehrerfordernis*, p. 245. Na Espanha, Suárez Montes exclui o elemento objetivo e aprofunda o subjetivismo na justificação a partir de uma pretensa fundamentação solidária da ilicitude (*Causas de justificación y de atipicidad*, p. 187 ss.).

95. Quase toda a doutrina invoca Antolisei, 1997, p. 208: *Così, se taluno crede di compiere una azione illecita, mentre esercita un diritto, no commete reato*, o que explica porque não se consideram as representações do sujeito e sim o que efetivamente ocorreu na vida social; para Enrico Contieri, o que interessa é o escopo da conduta justificada, não o escopo do agente (*Lo Stato di Necessità*, p. 69); cf. Bettiol-Mantovani, p. 330; Pagliaro, p. 450; Fiandaca – Musco, p. 222; ROMANO, Mario, *Commentario sistematico...*, vol. I, p. 525; MAZZACUVA, N., *Introduzione*, p. 108; para a exceção, MOCCIA, Sergio, *Il diritto tra essere e valore*, p. 203; SCHIAFFO, F., *Le situazioni 'quasi scriminanti' nella sistematica teleologica del reato*, p. 177.

96. POLITOFF, p. 338; também em *El papel del factor subjetivo en las causas de justificación*, p. 67 ss.

10. A exigência de elementos subjetivos na justificação cria inúmeras dificuldades sistemáticas, que seus partidários não logram resolver. Desde logo, seria preciso renunciar à acessoriedade da participação, pois caso contrário chegaríamos a soluções aberrantes: atuaria justificadamente o partícipe que conhece a situação justificante desconhecida pelo autor. Se quem desconhece a situação atua antijuridicamente, seria possível atuar justificadamente contra ele: aquele que tenta impedir que outrem dispare sobre uma pessoa inclinada, próxima a uma janela, ignorando que ela está estrangulando um terceiro, poderia ser morto por alguém desejoso de que a vítima do estrangulamento morra – em legítima defesa do estrangulador. Dificuldades surgem também no âmbito dos crimes culposos. A tipicidade é indiciária da antijuridicidade tanto nos delitos dolosos quanto nos culposos, operando em ambas as estruturas típicas as mesmas causas de justificação,[97] a despeito de algumas particularidades suscitadas pela estrutura culposa.[98] Como a tese eticizante requer elementos de ânimo na justificação, a justificação nos delitos culposos se ressentiria do paradoxo de ser inexigível, pela própria definição do injusto culposo, a querença do resultado. Por isso, certos partidários dos elementos subjetivos de justificação renunciam a eles quando se examina a justificação de um crime culposo,[99] enquanto outros preferem reduzir o ânimo à busca do resultado valioso nos delitos comissivos culposos.[100] Prescindir dessa exigência simplifica a questão, e as soluções recuperam simetria com aquelas dos crimes dolosos. A interpretação sistemática do direito penal brasileiro resolve satisfatoriamente a questão. A intenção delituosa é em si impunível, se o crime não for aos menos tentado (art. 31, CP). Mas o agente que, na tentativa, utiliza um meio inidôneo para a produção do resultado também não é punível (art. 17, CP). À impossibilidade de produzir-se o resultado material é completamente equiparável a produção de um resultado material lícito, autorizado pelo direito.

V. O CRITÉRIO OBJETIVO COMO DELIMITAÇÃO DA JUSTIFICAÇÃO

1. Embora os pretensos elementos subjetivos da justificação sejam componentes de ânimo sem relevância limitadora, cabe perguntar se não disporiam eles de utilidade para ampliar o arco do exercício do direito de justificação. A

97. Stratenwerth, p. 304.

98. Jescheck-Weigend, p. 588.

99. Jakobs, p. 438; Bacigalupo, 1987, p. 370; contra, BUSTOS RAMÍREZ, J. *El delito culposo*, p. 82-83.

100. Cf. Jescheck-Weigend, p. 589.

resposta é negativa. Pensou-se que eles poderiam exercer uma função limitativa nos casos de justificação frustrada, porém no atual estado não se pode desconsiderar as consequências dessa tese para as justificações. Basta comparar as consequências da distinção entre justificativas exitosas e frustradas e a exigência de elementos de ânimo nas últimas com as consequências que podem ser obtidas de um critério estritamente objetivo para perceber a enorme vantagem que representa assumir que o tipo de justificação ou de permissão, em si mesmo, não tem aspecto subjetivo, mesmo nos casos de justificação frustrada.

2. A afirmação de que a existência da situação justificante deve ser estabelecida de uma perspectiva *ex ante* leva geralmente a consequências pouco claras, pois estende a justificação a casos nos quais a situação justificante foi puramente imaginária, quando *ex post* se comprove que jamais existira. Na generalização dessa regra também repercute a subjetivação do injusto,[101] levada a um extremo que chega a questionar as fronteiras entre ilicitude e culpabilidade. Em princípio, o critério deve arrancar da constatação real e efetiva da situação objetiva justificante, que só pode dar-se *ex post facto*. O critério *ex ante* introduziria necessariamente uma distinção entre erros de proibição invencíveis em casos de falsa suposição da situação justificante, segundo ninguém conseguisse detectá-los nas circunstâncias concretas ou segundo apenas o autor não lograsse, devido a características próprias, detectá-los. O critério *ex ante* levaria a considerar os primeiros como casos de justificação (afetando a ilicitude) e os últimos como casos de erros de proibição (afetando a culpabilidade).

3. Essa delimitação objetiva quanto à real existência da situação justificante, verificada *ex post*, permite delimitar a justificação mesmo nos casos das chamadas justificativas frustradas, quando a ação do agente tem capacidade para neutralizar a agressão ou evitar o mal maior, embora não se conheça a existência da agressão ou da necessidade. Não há diferença qualitativa entre a justificação exitosa e a frustrada, salvo a necessidade de valorar *ex post* se a ação realizada era idônea, nas circunstâncias concretas, para o resultado da justificativa correspondente. Quem exige na justificação frustrada o elemento de ânimo incide na contradição de exigi-lo do agente que regra geral sofreu todo o dano e dispensá-lo para quem conseguiu evitar o dano.

4. Cabe advertir que naqueles casos em que a situação justificante existe porém a necessidade é valorada com certo grau de inexatidão compreensível, não se deve remeter a solução automaticamente à culpabilidade,[102] o que pare-

101. Cf. CAVALIERI, Antonio, *L'errore sulle scriminanti*, p. 485 ss.

102. Por todos, Welzel, p. 86.

ce afirmar-se até agora por razões de equidade ainda não trabalhadas dogmaticamente. Se é certo que a inocorrência da situação justificante não pode ser suprida pela imaginação do agente ou de terceiros, outra solução merecem os casos em que a situação justificante existe, e a imaginação apenas atua sobre a intensidade dela. Ainda não dispomos de conclusões definitivas ou unânimes sobre esses casos.

VI. BIBLIOGRAFIA

A. DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Ed. RT, 1989.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. La concepción expresiva de las normas y permisos y normas permisivas. *Análisis Lógico y Derecho*. Madri, 1991. p. 124 ss. e 216 ss.

_____. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, 1987.

ALMADA, Célio de Melo. *Legítima defesa*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

ARMAZA GALDÓS, Julio. *Legítima defensa y estado de necesidad justificante*. Arequipa, 1992.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BALDÓ LAVILLA, F. *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*. Barcelona, 1994.

BALCARCE, Fabián I. *La antijuridicidad penal. Principios generales*. Córdoba, 2001.

BAUMGARTEN, Arthur. *Notstand und Notwehr*. Tubinga, 1911.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*, Madri, 1991.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *El delito culposo*. Santiago do Chile, 1995.

CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. Madri, 1999.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*. Madri, 1982.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. Roma, 1946.

CAVALIERE, Antonio. *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*. Nápoles, 2000.

CAVALLO, Vincenzo. *L'Esercizio del Diritto*. Nápoles: Jovene, 1939.

COUSIÑO MACIVER, Luis. Los integrantes subjetivos de la justificación. *Revista de Ciencias Penales*, Santiago de Chile, dez. 1974, p. 26 ss.

DA COSTA, Paulo J. Consideraciones acerca de la supralegalidad en el derecho penal. *Estudios Penales* (Hom. R. P. Julián Pereda). Bilbao, 1965. p. 213 ss.

DESTEFENNI, Marcos. O *injusto penal*. Porto Alegre: Fabris, 2004.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La categoría de la antijuridicidad en derecho penal. *ADPCP*, 1991, p. 715 ss.

DOHNA, Alexander Graf zu. *Die Rechtswidrigkeit als allgemeinen gültiges Merkmal im Tatbestand strafbares Handlugen*, 1905 (Trad. Ballvé, Faustino, *La ilicitud como característica general en el contenido de las acciones punibles*, México, 1959).

ECHAVE, Delia; URQUIJO, María E.; GUIBOURG, Ricardo. *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires, 1980.

ENGISCH, Karl. *Introdución al pensamiento jurídico*. Trad. E. G. Valdez, Madri: Guadarrama, 1967.

FRISCH, W. Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements. *Fest. f. Lenckner*, Berlim, 1987. p. 138 ss.

GIL GIL, Alicia. *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Granada: Comares, 2002.

GONZÁLEZ FERRER, Campo Elías. *Tipo e injusto*. Panamá, 1979.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. *El principio de la antijuridicidad material*, Bogotá, 1994.

GÜNTHER, H. L. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsauschliessungsgründe*, Bonn, 1983.

_____. La clasificación de las causas de justificación en derecho penal. *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona, 1995. p. 48 ss.

_____. Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem. In: ESER, Albin; FLETCHER, George. *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsverglichende Perspektiven*. I, Friburgo em Br., 1987. p. 363 ss.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madri, 1998.

HAFFKE, Bernhard. *Die Bedeutung der Differenz von Verhaltens- und Sanktionsnorm für die strafrechtliche Zurechnung*. em *Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Colônia, 1995. p. 89 ss.

HASSEMER, W. Justificación procedimental en el derecho penal. In: HASSEMER; Larrauri. *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho Penal*. Madri, 1997.

HEINITZ, Ernst. *Das problem der materiellen Rechtswidrigkeit*. Breslau, 1926.

_____. Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit. *Fest. f. Eb. Schmidt*. Göttigen, 1961. p. 266 ss.

HERTZ, Eduard. *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts*. Hamburgo, 1880.

HERZBERG, R. D. Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage. *JA*. 1986. p. 191 ss.

HIRSCH, Hans Joachim. *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht*. t. III. p. 27 (*La posición de la justifi-*

cación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana. em *Justificación y exculpación en derecho penal. Coloquio Hispanoalemán de Derecho penal.* Madri, 1995. p. 41 ss.).

HOYER, Andreas. *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie.* Berlim, 1997.

HRUSCHKA, Joachim. Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils nach heutigem Strafrecht. *GA.* 1980, p. 16 ss.

_____. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. *ADPCP.* 1994. p. 343 ss.

HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad.* Madri, 1984.

JARDIM LINHARES, Marcello. *Legítima defesa.* Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JHERING, Rudolf von. Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht. *Fest. f. Birnbaum.* Giessen, 1867.

KERN, Eduard. Grade der Rechtswidrigkeit. *ZStW.* 64.1962. p. 256 ss.

KOHLRAUSCH, Eduard. *Irrtum und Schuldbegrirff im Strafrecht.* 1903.

KORIATH, Heinz. *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung.* Berlim, 1994.

LAMPE, Ernst Joachim. *Das personale Unrecht.* Berlim, 1967.

LARRAURI, Elena. Causas de justificación: criterios de identificación. In: HASSEMER; LARRAURI. *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal.* Madri, 1997.

LEMOS SOBRINHO, Antonio. *Legítima defesa.* Rio de Janeiro: Jacintho, 1925.

LEON NÚÑEZ, Rena. Hacía una apreciación positiva de la antijuridicidad. *Criminalia.* México-DF, 1970. ano XXXVI. n. 2. p. 77 ss.

LÖFFLER, Alexander. Unrecht und Notwehr. *ZStW.* 21. 1901. p. 527 ss.

MAGALHÃES, Délio. *Causas de exclusão do crime.* São Paulo: Saraiva, 1975.

MALAMUD GOTI, Jaime. *Legítima defensa y estado de necesidad.* Buenos Aires, 1977.

MELLO FREIRE, Pascoal José. *Ensaio do Código Criminal.* Lisboa: Tip. Maigrense, 1823.

MERKEL, Adolf. *Zur lehre von den Grundeinteilungen des Unrecht und seiner Rechtsfolgen.* em *Kriminalistische Abhandlungen.* Leipzig, 1867. I.

_____. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts.* Stuttgart, 1889.

MIR PUIG, Santiago. Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal. *ADPCP.* 1994. p. 5 ss.

MOCCIA, Sergio. *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica.* Nápoles, 1992.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito.* Barcelona, 2001.

MOORE. Legal permissions. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie.* LIX/3. 1973.

NAGLER, Johannes. Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. *Fest. f. Binding*. Leipzig. 1911. II. p. 343 ss.

NINO, Carlos S. *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*. Buenos Aires, 1982.

_____. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, 1996.

_____. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires, 1992.

NOWAKOWSKI, Friedrich. Zur lehre von der Rechtswidrigkeit. *ZStW*. 63. p. 287 ss.

_____. Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigunsgründe. *ÖJZ*. 1977. p. 578 ss.

OLIVECRONA, Karl. *El derecho como hecho*. Buenos Aires. 1959.

OLIVEIRA PIRES, André de. *Estado de necessidade*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

PERRON, Walter. Justificación y exculpación en derecho penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes). *Justificación y exculpación en derecho penal. Coloquio Hispanoalemán de Derecho Penal*. Madri, 1995. p. 102 ss.

PESSOA, Nelson R. *Legítima defensa*. Corrientes, 2001.

PHILIPPS, Lothar. Teoría de las normas. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madri, 1992. p. 267 ss.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Injusto Típico en la Teoría del Delito*. Corrientes: M.A. Viera, 2000.

POLITOFF, Sergio. *El papel del factor subjetivo en las causas de justificación* e *Política Criminal y reforma penal*. Santiago do Chile, 1996. p. 67 ss.

PRITTWITZ, Cornelius. Der Verteidigunswille als subjektives Merkmal der Notwehr. *Jura*. 1984, p. 76 ss.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: J. Bushatsky, 1973.

RENZIKOWSKI, Joachim. *Notstand und Notewhr*. Berlim, 1994.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de. *Las causas de justificación*. Buenos Aires, 1996.

RODRIGUES DE MERÉJE, J. *A legítima defesa*. São Paulo: Linográfica, sem data.

ROMAGNOSI, Giandomenico. *Gênesis del Derecho Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1956.

ROSS, Alf. *Lógica de las Normas*. Madri, 1971.

RÖTTGER, Wolfgang. *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss nach den finalistischen Straftatlehren und nach materialen Konzeption*. Berlim, 1993.

ROXIN, Claus. Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen. In: ESER; FLETCHER. *Rechtfertigung und Entschuldigung*. Friburgo, 1987, I, p. 234 ss.

RUDOLPHI, Hans Joachim. Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre. *Fest. f. Maurach*. Karlsruhe. 1972. p. 58.

_____. Rechtfertigungsgründe im Strafrecht. Ein Beitrag zur Funktion, Struktur und den Prinzipien der Rechtfertigung. *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Colônia, 1989. p. 371 ss.

SANZ MORÁN, Ángel J. *Los elementos subjetivos de la justificación*. Barcelona, 1993.

SCHAFFSTEIN, F. Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre. *Monatschrift für Deutsche Recht*. 1951. p. 196 ss.

SCHIAFFO, F. *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato – contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*. Nápoles, 1998.

_____. Reflessioni critiche intorno a un "dogma": l'antigiuridicità generica. *RIDPP*. 1999. p. 1.075 ss.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. Trad. M. F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Die deutschsprächige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*. em GA, 1985. p. 373.

SCHURMANN PACHECO, Rodolfo. Aspectos de la antijuridicidad en el campo del derecho penal. *RDP e C*. 1969-1. p. 44 ss.

SIEGERT, Karl. *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*. Tubinga, 1934.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas. *Modernas tendencias en las ciencias del derecho penal y en la criminología*. Madri, 2001. p. 559 ss.

SPENDEL, G. Gegen den "Verteidigungswillen" als Notwehrerfordernis. *Fest. f. Bockelmann*. Munique, 1979. p. 245 ss.

SPOLANSKY, Norberto E. Derecho Penal, lenguaje y conflictos normativos. *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*. Córdoba, 2001. p. 3 ss.

SUÁREZ MONTES, Rodrigo F. Reflexiones en torno al injusto penal. *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona, 1995. p. 187 ss.

_____. *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*. Madri: Rialp, 1963.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte, 2000 (2. ed. rev. e ampl., Belo Horizonte, 2002).

THIERFELDER, Rudolf. *Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage*. Tubinga, 1934.

THON, August. *Rechtsnorm und subjektives Recht*. Weimar, 1878 (*Norma giuridica e diritto soggettivo*. Pádua, 1939).

TRAPERO BARREALES, María. *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*. Granada, 2000.

TRIFFTERER, Otto. *Zur subjektiven Seite des Tatbestandsausschliessungs- und Rechtfertigungsgründe*. em *Fest. f. Dietrich Oehler*. Colonia, 1985.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*. Barcelona, 1994.

VALLETTA, Alfonso. *L'Antigiuridicitá Penali*. Nápolis, Jovene, 1951.

VELA TREVIANO, Sergio. *Antijuridicidad y Justificación*. México, Porrúa, 1976.

VON FERNECK, Hold. *Die Rechtswidrigkeit*. Jena, 1903.

VON WEBER, Hellmuth. *Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*. JZ. 1951. p. 260 ss.

VON WRIGHT, H. *Norma y acción, Una investigación lógica*. Madri, 1979.

WOLTER, Jürgen. Imputación objetiva y personal a título de injusto. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madri, 1991. p. 108 ss.

ZILIO, Jacson. *Legítima defensa*. Buenos Aires: Didot, 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Direito de necessidade (uma visão luso-brasileira), de Fernando Pinto Colmenero – *RT* 783/504-531 (DTR\2001\525); e
- Existem deveres gerais de informação no direito penal? violação de um dever, culpabilidade e evitabilidade do erro de proibição, de Alaor Leite – *RT* 922/323-340 (DTR\2012\450349).

Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares

A study on corruption offenses between individuals

Luiz Regis Prado
Titular de Direito Penal. Universidade Estadual de Maringá.

Patrícia Carraro Rossetto
Doutoranda em Direito Penal. Universidade de Málaga (Espanha).

Área do Direito: Penal

Resumo: Este estudo procura analizar o fenômeno jurídico da corrupção entre particulares ou no âmbito das relações privadas. Versa-se sobre o delito de corrupção privada disciplinado na legislação comparada, especialmente européia, bem como sobre a problemática de sua criminalização no Brasil.

Palavras-chave: Corrupção - Delito de corrupção entre particulares - Legislação comparada e brasileira.

Abstract: This study seeks to analyze the legal phenomenon of corruption between individuals or within the private relations. Is about the disciplined private corruption offense in comparative law, especially European, as well as on the issue of criminalization in Brazil.

Keywords: Corruption (bribery) - Crime of corruption between individuals - Comparative law and Brazilian law.

Sumário: 1. Considerações gerais - 2. Modelos de incriminação da corrupção entre particulares na legislação comparada - 3. A criminalização da corrupção entre particulares no ordenamento jurídico brasileiro: 3.1 Bem jurídico tutelado; 3.2 Sujeitos do delito: 3.2.1 Sujeitos ativo e passivo do delito de corrupção privada passiva (art. 167, *caput*); 3.2.2 Sujeitos ativo e passivo do delito de corrupção privada ativa (art. 167, parágrafo único); 3.3 Estrutura do tipo de injusto: 3.3.1 Corrupção privada passiva; 3.3.2 Corrupção privada ativa; 3.4 Sanção penal - 4. Conclusões principais - 5. Bibliografia.

Prado, Luiz Regis; Rossetto, Patricia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 51-97. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A corrupção é um fenômeno complexo, multímodo, eivado de dificuldades e nuances.[1] Enquanto conceito se vincula a determinado sistema de referência (normativo), entendido em sentido amplo. Não é abordável assim apenas do ponto de vista jurídico, mas também econômico, político, sociológico e ético.[2]

No âmbito dos comportamentos humanos, liga-se à ideia de perversão, de transgressão de algum dever ou obrigação. Não se trata de fenômeno puramente metajurídico, nem se vincula de forma obrigatória a uma autoridade ou agente público.

De modo geral, a noção de corrupção se relaciona a comportamentos ilícitos praticados no exercício da função pública, mas, sob um prisma mais amplo, pode abarcar também condutas realizadas no âmbito privado. Como bem se disserta, "para el Derecho sería corrupta toda acción de un sujeto público o privado que incumpla las normas jurídicas y viole obligaciones del cargo, con abuso de posición y finalidad de obtener beneficios privados personales o para un grupo del que forma parte el corrupto. Esta corrupción, en consecuencia, puede ser pública o privada. Para esta distinción, segue o autor, la clave está en el sujeto que actúa y en calidad de qué actúa. En suma, en la corrupción pública se trata de acciones u omisiones vinculadas con el abuso de cargo público y con el incumplimiento de normas jurídicas por parte de las personas con responsabilidades públicas. En la corrupción privada se trataría de acciones u omisiones vinculadas a un abuso de posición en el entorno de organizaciones privadas, con incumplimiento de las normas jurídicas que regulan los deberes del agente frente al principal. Pero en ambos

1. Cf. VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La corrupción política*. Madrid: Editorial Síntesis, 2006, p. 26 e ss.; BUSTOS GISBERT, Rafael. Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional. *Uned. Teoría y realidad constitucional*. n. 25. p. 69-109. 1.º semestre, 2010, p. 74; COLLAO. Delimitación del concepto penal de corrupción. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXV. p. 339-359. 2004, p. 342; PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2014. vol. 7, p. 125 e ss.

2. Cf. VILLORIA MENDIETA, M. Op. cit., p.28 e ss. Este último autor ressalta ainda a necessidade de se fazer a devida distinção entre a corrupção e outros conceitos similares (escândalo público, conflito de interesses, desvio de poder, financiamento ilegal de partido político, aceitação de propina ou presente, fraude, clientelismo político, por exemplo – cit., p. 56-72).

casos con la finalidad de beneficiarse directa o indirectamente gracias a ese abuso."[3]

Em virtude dessa perspectiva, pode ser conceituada como sendo a ação ou omissão praticada por alguém, em conjunto ou não com duas ou mais pessoas, que implica a transgressão do sistema normativo de referência a que se encontra vinculado, e cujo objetivo é a obtenção de benefícios indevidos, atuais ou futuros, para si e/ou para terceiros.[4] Noutras palavras: "Es un delito o infracción participativo en el que una de las partes intenta influenciar el comportamiento de la otra através de promesas, amenazas o prestaciones prohibidas por el sistema normativo relevante".[5] No campo jurídico pode ser pública ou privada e seu desiderato é sempre a obtenção de um benefício indevido.

3. Idem, p. 29. A propósito, adverte o referido autor que, em sentido contrário às várias definições jurídicas, "es preciso decir que estas definiciones son demasiado estrechas y dejan fuera situaciones dignas rechazo moral, acciones que, aunque no entran en categorias jurídicas penalizadas, atentan contra la legitimidade de los regímenes políticos y pueden producir câmbios substanciales a médio o largo plazo en los mismos" (p. 33-34).

4. A respeito do conceito de corrupção, vide GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Calamidades*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 203; NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes V. *Corrupción entre particulares y tutela del mercado*. Barcelona, InDret, n. 4, 2011, p. 17; ÁLVAREZ, Silvina. Reflexiones sobre la calificación moral del soborno. In: J. LAPORTA. Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997, p. 101-102; CARUSO FONTÁN, María Viviana. El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado. *Foro. Nueva época*. n. 9, p. 145-172, 2009, p. 151-152; MALEM SEÑA, Jorge F. El fenómeno de la corrupción. In: J. LAPORTA. Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997, p. 80. Para este último autor, "é possível definir um ato de corrupção como a violação de um dever posicional realizada por quem ostenta um cargo ou cumpre uma função determinada por certo sistema de regras, efetuada com motivo no exercício do cargo ou no cumprimento da função ou realizada no marco de discricionariedade, com o objetivo de lograr algum benefício extraposicional". Sobre o tema, aduz Demetrio Crespo que "em sentido amplo, os atos de corrupção poderiam ser definidos como aqueles que implicam, por ação ou omissão, a violação de um 'dever posicional' ou o incumprimento de uma função específica, em um marco de discricionariedade, e com o objetivo de obter algum tipo de benefício 'extraposicional' (Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la administración pública. Pensamiento penal y criminológico. *Revista de Derecho Penal Integrado*. n. 07. ano IV. p. 103-126. 2003, p. 108).

5. GARZÓN VALDÉS, E. Acerca del concepto de corrupción. In: J. LAPORTA. Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997, p. 45.

A identificação dos comportamentos aos quais seria possível atribuir o qualificativo *corruptos*, portanto, se dá pela análise de três critérios principais: existência de um sistema normativo de referência; violação de deveres e/ou abuso de poder, por parte de um agente, que atua ou não em conjunto com outras pessoas; e finalidade de obtenção de benefícios indevidos.

O conceito de corrupção, portanto, está vinculado ao de sistema normativo, amplamente considerado. "Não é possível falar de corrupção sem fazer referência simultaneamente ao marco normativo dentro do qual se produz o ato ou a atividade qualificada como corrupta".[6] Por sistema normativo de referência se entende "todo conjunto de regras que – em cada caso concreto – regulam uma prática social. Nesse sentido, se pode referir, por exemplo, a sistemas normativos religiosos, jurídicos, políticos, econômicos, desportivos etc.".[7] O comportamento, ademais, deve implicar a transgressão desse sistema normativo por parte de quem se encontra a ele vinculado, seja mediante a violação de um dever ou o abuso de um poder e com indiferença de se esse agente atua ou não em conjunto com outras pessoas. Por fim, é necessário que o agente atue com a finalidade de obter *benefícios indevidos*, significa dizer, visando à percepção de vantagens que extrapolam aquelas que estão previstas no sistema normativo de referência como contraprestação lícita pelo exercício de um determinado complexo de atribuições, sejam públicas ou privadas.

Esse conceito amplo de corrupção tem a virtualidade de identificar que espécie de comportamentos pode ser qualificada como corrupta, com independência de, por um lado, se tais condutas são praticadas na esfera pública ou privada e, por outro, se o comportamento corresponde ou não a uma figura delitiva.

Dessa forma, para que seja legítima a intervenção penal deve o legislador limitar o âmbito do jurídico-penalmente relevante, ou seja, dentro do universo de condutas abarcadas por esse conceito é necessário selecionar aquelas que supõem ataques intoleráveis a interesses previamente considerados imprescindíveis à convivência social e aos quais os demais setores do sistema normativo não podem oferecer uma resposta mais eficaz e menos gravosa.[8]

---

6. GARZÓN VALDÉS, E., *Calamidades* cit., p. 202. Vale mencionar, entretanto, que o autor não faz uso da expressão "sistema normativo de referência" e sim a "sistema normativo relevante".

7. Idem, p. 202.

8. Para Gómez de la Torre e Fabián Caparrós, "se há pretensão de sintetizar as características chaves que hoje apresenta a corrupção, faz-se necessário tomar como ponto

Atualmente, as condutas associadas ao fenômeno corrupção sobre as que incidem juízos desvalorativos de índole penal são classificadas considerando-se a qualidade do sujeito e o sistema normativo ao que se encontra vinculado.[9] A partir desses critérios, a doutrina especializada e as organizações internacionais que se ocupam do tema, defendem que o vocábulo corrupção se trata de um gênero que abriga duas espécies: a *corrupção pública* e a *corrupção privada*.[10] A primeira se caracteriza por "acciones u omisiones vinculadas con el abuso del cargo público y con el incumplimiento de normas jurídicas por parte

de partida o fato inegável de que as condutas que incluímos dentro deste término não afetam somente ao bem jurídico que constitui o normal funcionamento da Administração Pública, mas que, em suas manifestações mais graves, seus efeitos sobre as relações econômicas a levam ao âmbito da delinquência socioeconômica e que, por outra parte, a dimensão internacional de alguns desses comportamentos leva a que o interesse de sua prevenção transcenda aos Estados individualmente considerados e vá à comunidade internacional" (Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 81, p. 07-35. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 23-24).

9. Ao tratar do conceito jurídico de corrupção, Villoria Mendieta destaca que "para o direito seria corrupta toda ação de um sujeito público ou privado que descumpra as normas jurídicas e viole as obrigações do cargo, com abuso de posição e a finalidade de obter benefícios privados pessoais ou para o grupo do qual forma parte o corrupto. Essa corrupção, por consequência, pode ser pública ou privada. Para a distinção, a clave está no sujeito que atua e em que qualidade atua. Em suma, a corrupção pública consiste em ações ou omissões vinculadas ao abuso do cargo público e com o descumprimento de normas jurídicas por parte das pessoas com responsabilidades públicas. A corrupção privada trataria de ações ou omissões vinculadas com o abuso de posição no âmbito das organizações privadas, com o descumprimento de normas jurídicas que regulam os deveres do agente frente ao principal. No entanto, em ambos os casos com a finalidade de se beneficiar direta ou indiretamente graças a esse abuso" (op. cit., p. 29).

10. Sobre a necessidade de se proceder à diferenciação desses conceitos, esclarece de la Mata Barranco que "os comportamentos corruptos surgem tanto no setor público como no setor privado, afetando a interesses tão diversos como a tutela da livre concorrência, do livre desenvolvimento dos mercados ou da tomada de decisões sem interferência de processos políticos, entre outros. Continuar mantendo um único conceito de corrupção para definir condutas que podem afetar bens jurídicos muito diversos, além dos equívocos que pode gerar, vai supor constatar que, se bem o mencionado conceito reflita claramente a classe de conduta que se pretende descrever – enriquecimento derivado da instrumentalização ilícita de uma posto que é colocado a serviço de uma pessoa alheia – não ocorre o mesmo com o desvalor que lhe pode ser atribuído, assim que isto não poderá ser concretizado se não se especifica qual é, por sua vez, o desvalor da conduta que se deseja obter com a contraprestação econômica"

PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 51-97. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

de las personas con responsabilidades públicas", e a segunda se caracteriza por "acciones u omisiones vinculadas a un abuso de posición en el entorno de organizaciones privadas, con incumplimiento de las normas jurídicas que regulan deberes del agente frente al principal".[11]

Seguindo a lógica conceitual descrita *ut supra*, a corrupção privada pode ser conceituada como *a ação ou omissão de um particular, no exercício de uma atividade empresarial ou profissional, em concurso ou não com um ou mais particulares, que implica a violação de um dever ou o abuso de um poder previsto em lei, com vistas à obtenção de benefícios indevidos, atuais ou futuros, para si e/ou para terceiros, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas.*

Tendo em conta tal assertiva, faz-se necessário tecer alguns breves esclarecimentos a respeito do tema.

Em primeiro lugar, na corrupção privada o sistema normativo de referência ao que se encontra vinculado o agente é o *sistema jurídico*. Significa dizer: em qualquer caso, o comportamento corrupto implica a violação de diplomas legais que regulam a atividade empresarial ou profissional exercida pelo agente, em especial a Constituição; as legislações laborais, mercantis ou empresariais; as leis que regulem normas de boas práticas empresariais e os códigos de conduta profissional.

Em segundo lugar, a violação desses diplomas normativos é realizada por particulares sujeitos a observância da lei em razão do *exercício da atividade profissional ou empresarial*, com independência de se estes agentes atuam ou não dentro do marco de tomada de decisões. Entretanto, nada impede que legislação penal, ao definir uma determinada figura delitiva, limite o círculo de sujeitos ativos àqueles indivíduos que possuam poderes de carácter decisório capazes de vincular juridicamente a pessoa jurídica, sendo eles: sócios com poder de administração; diretores; gerentes; membros do conselho de administração ou qualquer outro indivíduo que, possuindo o poder de decisão, atue como representante da pessoa jurídica.

Em terceiro lugar, a violação do sistema jurídico a que se encontra vinculado o particular se dá para a obtenção de *benefícios indevidos*, sejam eles de natureza patrimonial ou não. Essa expressão deve ser interpretada em sentido amplo, de forma a abarcar tanto as vantagens de natureza patrimonial, como dinheiro, imóveis, joias etc., como também outros tipos de vantagens,

---

¿Qué intereses lesionan las conductas de corrupción? *Eguzkilore*. n. 23. p. 245-259. 2009, p. 256).

11. VILLORIA MENDIETA, M., op. cit., p.29

tais como, a ascensão profissional, as distinções honoríficas ou a satisfação de desejos sexuais ou de vingança. Ademais, este benefício pode ingressar diretamente e imediatamente na esfera de disfrute do agente, como também ser futuro ou se destinar a terceira pessoa, seja física ou jurídica.[12]

A atribuição de um sentido mais amplo à expressão corrupção privada é uma tendência que vem ganhando força na doutrina especializada.

De acordo com a doutrina suíça, por exemplo, a corrupção privada consiste em gênero que abarca inúmeras espécies delitivas, entre as quais se destacam: a administração desleal (art. 158, Code Pénal Suisse – CPS); a fraude contra credores no processo de liquidação, falência ou recuperação judicial levada a cabo por meio de um ato de corrupção entre o devedor e um determinado credor ou seus respectivos representantes legais (arts. 167-168, CPS); a violação dos deveres profissionais, o que se verifica, por exemplo, na expedição de atestado médico falso (art. 318, CPS), violação de cláusula de confiança (art. 321, CPS), violação de segredo profissional na pesquisa médica (art. 321 bis, CPS); etc.[13]

Essa também parece ser a interpretação proposta pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, na medida em que, depois de assinalar em seu artigo 12 a necessidade de se prevenir a corrupção no setor privado, em seu Capítulo III, que trata da penalização e aplicação da lei, estabelece que cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outra índole que sejam necessárias para tipificar como delito, quando sejam cometidos intencionalmente e no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais, tanto o suborno (art. 21) como o peculato (art. 22).

No Brasil, é possível afirmar que a proteção penal contra a corrupção privada tradicionalmente tem se valido de normas incriminadoras extraídas do âmbito dos delitos contra o patrimônio, como por exemplo, o estelionato (art. 171) e a apropriação indébita (art. 168); dos delitos contra o sistema financeiro (Lei 7.492/1976); dos delitos que tutelam a ordem econômica, em especial os arts. 4.°, 5.° e 6.° da Lei 8.137/1990; dos crimes contra o mercado de capitais, previstos na Lei 6.385/1976, tais como o delito de manipulação de mercado (art. 27-C) e o delito de uso indevido de informação privilegiada (art. 27-D); além de disposições penais previstas na Lei 9.279/1996, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, a qual prevê, em seu art. 195,

12. Nessa linha, VILLORIA MENDIETA, M., op. cit., p. 53-54.

13. Sobre o tema, vide QUELOZ, Nicolas; BORGHI, Marco; CESONI, Maria Luisa. *Processus de corruption en Suisse*. Bâle, Gèneve, Munich: Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 46-47; 330.

IX e X,[14] a corrupção ativa e passiva praticadas por particulares como modalidades do delito de concorrência desleal.

A partir do exposto, tem-se que a *expressão* corrupção privada não deve ser confundida como o *delito* de corrupção privada, também denominado *corrupção de (ou entre) particulares*, figura esta associada à prática de suborno no âmbito privado que vem sendo paulatinamente tipificada em inúmeros ordenamentos jurídicos e que seria um dos delitos abarcados por aquela expressão. Sua criminalização é consequência da remodelação da política criminal de combate à corrupção proposta por inúmeros instrumentos internacionais, em especial a Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, de 27.01.1992 (arts. 7.º e 8.º); a Ação Comum da União Europeia de 22.12.1998 – 1998/742/JAI – (arts. 2.º e 3.º); a Decisão Marco da União Europeia, de 22.07.2003 – 2003/568/JAI – (art. 2.º) e, mais especificamente no que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 (art. 21).

2. MODELOS DE INCRIMINAÇÃO DA CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

Na legislação comparada existe amplo consenso no que diz respeito à criminalização de comportamentos corruptos realizados na esfera privada.

Os sistemas jurídicos de países europeus como Alemanha,[15] Inglaterra, Áustria, França, Holanda, Suíça, Bélgica e, mais recentemente, Espanha, Por-

14. "Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...)
IX – dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;
X – recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;
Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.
§ 1.º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos."

15. "Na Alemanha, a utilização do direito frente à corrupção no setor privado foi e continua sendo objeto de um inflamado debate doutrinário. Essa discussão se inicia no final do século XIX, quando, no marco da lei de concorrência desleal de 1896, alguns autores já defendiam sua tipificação. O delito de corrupção de empregados, em que pese a oposição da maior parte das associações de comerciantes, foi finalmente incorporado na mencionada lei no ano de 1909. No entanto, este delito, modificado

tugal, Polônia e Itália[16] preveem o delito de corrupção privada no Código Penal ou em outros diplomas legais, sendo possível encontrar, de acordo com um estudo do Instituto Max Planck[17], pelo menos quatro modelos de incriminação: o laboral; o omnicompreensivo, o patrimonial e o de proteção da livre concorrência.[18]

A partir da ótica laboral, o delito de corrupção privada tutela a *integridade das relações trabalhistas*,[19] mais concretamente as relações de confiança, lealdade e de boa-fé existente entre empregados e empregadores.[20] Este é o modelo

no ano 1974, continuava sendo escassamente aplicado. Esta situação fez com que o legislador, no intento de reforçar a consciência pública acerca do caráter ilícito das condutas tipificadas pela lei de 13.08.1997, as incorporou ao art. 299 do Código Penal, sob a rubrica 'corrupção ativa e passiva no tráfico econômico', dentro de um novo título que incluía os 'delitos contra a concorrência'. A nova regulamentação aumenta a pena e, nos casos mais graves, permite que seja possível sua persecução *ex officio*. Finalmente, no ano de 2002, é incluído ao artigo 299 um terceiro parágrafo que pune os atos de corrupção privada de caráter internacional" (GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio D. M. Sobre la corrupción particular en convenios internacionales y derecho comparado. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Rene Ariel (orgs.). *Doutrinas essenciais – direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. IV, p. 444).

16. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas. *La Ley*. n. 7.534. p. 23-27. 2010, p. 26; FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Rene Ariel (orgs.). *Doutrinas essenciais – direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. IV, p. 662.
17. A propósito, vide ESER, Albin; ÜBERHOFEN, Michael; HUBER, Barbara. *Korruptionsbekämpfung durch Strafrech: ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz*. Freiburg im Breisgau: Edition Iuscrim, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1997.
18. Sobre o tema, NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción en el sector privado: reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado. *Revista Penal*. n. 10. p. 55-69. 2002, p. 56; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. Corrupción entre particulares (Delito de). Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad*. n. 3. p. 174-183. set. 2012/fev. 2013, p. 178; CARUSO FONTÁN, op. cit., p. 166; FOFFANI, L., op. cit., p. 662 e ss.; ARGADOÑA, Antonio. Private-to-private corruption. *Working paper* (WP). n. 531. Iese Business School. Universidad de Navarra, December, 2003, p. 09-10.
19. NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 56.
20. Nesse sentido, FOFFANI, L., op. cit., p. 664, para quem o bem jurídico tutelado nesse modelo de incriminação é o dever de fidelidade que vincula o trabalhador ao empregador.

adotado pelo art. 328 *ter*, do Código Penal holandês[21] e pelo ordenamento jurídico francês durante a vigência do art. L-152.6[22] do *Code du travail*, o qual foi revogado pela Lei 2005-750, de 04.07.2005. Atualmente está contemplado, com certos matizes, nos arts. 445-1 e 445-2 do Código Penal francês.

Em linhas gerais, o ordenamento jurídico holandês e o antigo *Code du Travail* francês sancionam a conduta do particular que, por um lado, oferece, promete, entrega ou paga uma vantagem indevida a fim de que o empregado, no marco de sua atividade profissional ou empresarial, sem conhecimento ou permissão de seu empregador ou abusando de sua boa-fé, leve a cabo ou se abstenha de realizar atos próprios de seu ofício visando à percepção desse benefício indevido.

Dada a construção dos respectivos tipos penais e considerando que o que se pretende proteger por meio deles são as relações de fidelidade e boa-fé existentes entre empregados e empregadores, é possível concluir que, segundo esse modelo, o ponto nevrálgico do delito de corrupção privada se refere ao fato de que o empregado atua *sem conhecimento ou permissão do empregador, abusando*

21. "Artikel *328ter*
1. Hij die, anders dan als ambtenaar, werkzaam zijnde in dienstbetrekking of optredend als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen hij in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift, belofte of dienst aanneemt dan wel vraagt, en dit aannemen of vragen in strijd met de goede trouw verzwijgt tegenover zijn werkgever of lastgever, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie.
2. Met gelijke straf wordt gestraft hij die aan iemand die, anders dan als ambtenaar, werkzaam is in dienstbetrekking of optreedt als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen deze in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt van die aard of onder zodanige omstandigheden, dat hij redelijkerwijs moet aannemen dat deze de gift, belofte of dienst in strijd met de goede trouw zal verzwijgen tegenover zijn werkgever of lastgever."

22. "Article L152-6. Le fait, par tout directeur ou salarié, de solliciter ou d'agréer, directement ou indirectement, à l'insu et sans l'autorisation de son employeur, des offres ou des promesses, des dons, présents, escomptes ou primes pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros (1) d'amende.
Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder aux sollicitations définies à l'alinéa précédent ou d'en prendre l'initiative.
Dans les cas prévus au présent article, le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal."

de sua boa-fé.[23] Significa dizer: o que se pretende coibir por meio da intervenção penal é a conduta maliciosa e desleal do empregado, quem atua abusando da boa-fé e da confiança que lhe é dispensada pelo empregador, violando, assim, as regras que disciplinam a relação de trabalho subordinado,[24] mais especificamente aquelas que regulam os deveres fiduciários e de lealdade do empregado em relação ao empregador.[25]

A adoção desse modelo acarreta algumas consequências na delimitação do conteúdo do injusto e na conformação do tipo penal. A primeira e mais importante delas diz respeito ao fato de que o legislador não logra conferir um conteúdo material à órbita de proteção da norma penal e acaba por identificar o delito de corrupção privada a uma mera infração de deveres de lealdade e fidelidade,[26] em flagrante ofensa ao princípio de lesividade e exclusiva proteção de bens jurídicos, diretivas estas tão caras à tradição jurídico-penal ocidental.[27] A segunda se refere à legitimidade ativa para a realização do delito, uma vez que apenas os empregados podem ser considerados sujeitos ativos, jamais o empregador.[28] A terceira consiste no fato de que o consentimento do empregador em relação à conduta praticada pelo empregado possui relevância

23. De acordo com NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 58, atualmente o conceito de boa-fé se concretiza distanciando-se de qualquer referência a deveres éticos, sendo-lhe atribuído um significado essencialmente patrimonial somado aos interesses econômicos do proprietário.

24. Cf. FOFFANI, L., op. cit., p. 662.

25. Segundo GÓMEZ DE LA TORRE, I. B.; CERINA, G. D. M., op. cit., p. 436, o que caracteriza o delito de corrupção privada previsto na legislação penal holandesa "é a violação por parte do corrupto dos deveres que mantém *com seu empregador* e o caráter *oculto* do suborno para o empregador ou principal. A ausência de qualquer desses dois elementos levaria a que a conduta fosse típica".

26. Nesse sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de empresa. Parte especial*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 309.

27. Posicionando-se criticamente à adoção desse modelo de incriminação, GÓMEZ DE LA TORRE, I. B.; CERINA, G. D. M., op. cit., p. 444. Para os autores, "parece duvidoso que um direito penal que se ocupa de proteger a *lealdade* ou a *fidelidade* do trabalhador-agente em relação ao seu empregador-principal seja respeitoso da ideia do Direito Penal como *ultima ratio*. Além disso, a falta de concretização destes deveres abre a porta a um intento moralizador do mundo dos negócios o que parece intrínseco nos próprios conceitos de lealdade e fidelidade. Em síntese, não parece que seja capaz de ir mais além de um direito penal societário focalizado sobre o interesse pessoal dos principais".

28. Nesse sentido, NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 56; GÓMEZ DE LA TORRE, I. B.; CERINA, G. D. M., op. cit., p. 437.

jurídico-penal,[29] configurando causa de exclusão da tipicidade quando a falta de consentimento constituir elemento normativo do tipo ou causa de exclusão da ilicitude nos demais casos, pois se o empregador admite ou tolera que seus empregados recebam gratificações e subornos no exercício de suas atribuições não há que se falar em má-fé, deslealdade e abuso de confiança.

Atualmente, o sistema jurídico francês contempla a corrupção privada nos arts. 445-1 e 445-2 do Código Penal.[30] Em linha gerais, estes dispositivos sancionam a conduta de quem oferece, promete, solicita ou aceita, direta ou indi-

29. Sobre o tema, asseveram GÓMEZ DE LA TORRE, I. B.; CERINA, G. D. M., op. cit., p. 437, que "a identificação do bem jurídico protegido com a lealdade do empregado-agente em relação ao empregador-principal, implica que o consentimento deste último é logicamente incompatível com a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico protegido e, por conseguinte, converte a conduta em irrelevante". A propósito: ARGADOÑA, A., op. cit., p. 09; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C., op. cit., 2011, p. 309.

30. "Section 1: De la corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique.
Article 445-1 (Modifié par LOI n. 2011-525 du 17 mai 2011 – art. 154)
Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.
Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder à une personne visée au premier alinéa qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte visé audit alinéa, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.
Article 445-1-1 (Créé par LOI n. 2012-158 du 1er février 2012 – art. 9)
Les peines prévues à l'article 445-1 sont applicables à toute personne qui promet ou offre, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des présents, des dons ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, à un acteur d'une manifestation sportive donnant lieu à des paris sportifs, afin que ce dernier modifie, par un acte ou une abstention, le déroulement normal et équitable de cette manifestation.
Article 445-2 (Modifié par LOI n. 2011-525 du 17 mai 2011 – art. 154)

retamente, qualquer tipo de benefício indevido para que o sujeito, no marco de sua atividade profissional ou empresarial, realize ou deixe de realizar ato próprio de sua função ou que seja facilitado pelo seu exercício, em violação de suas obrigações legais, contratuais ou profissionais. Com essa previsão, embora o sistema francês continue adotando o modelo laboral de incriminação da corrupção ativa, a configuração do delito deixa de estar atrelada exclusivamente à violação de deveres de lealdade e de boa-fé, passando a vincular-se à violação de um determinado sistema de normas reguladoras da relação trabalhista existente entre as partes.

O modelo omnicompreensivo de incriminação da corrupção privada pressupõe a adoção de um *tipo unitário de corrupção*, que envolve tanto a corrupção pública como a privada.[31] Isto vale dizer: a corrupção consiste em um *delito comum*, não sendo exigido pelo tipo penal qualquer qualidade especial do sujeito ativo, podendo a conduta típica ser praticada tanto por agentes públicos como por particulares. Trata-se do modelo perfilhado pelo legislador penal sueco (cap. 17, §7 e cap. 20 §2, do Código Penal[32]), cuja decisão político-criminal

---

Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, par une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.
Article 445-2-1 (Créé par LOI n. 2012-158 du 1er février 2012 – art. 9).
Les peines prévues à l'article 445-2 sont applicables à tout acteur d'une manifestation sportive donnant lieu à des paris sportifs qui, en vue de modifier ou d'altérer le résultat de paris sportifs, accepte des présents, des dons ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, afin qu'il modifie, par un acte ou une abstention, le déroulement normal et équitable de cette manifestation."

31. Assim, OTERO GONZÁLEZ, P., op. cit., p. 178.

32. "Chapter 17. On Crimes against Public Activity. (...)
Section 7
A person who gives, promises or offers a bribe or other improper reward to an employee or other person defined in Chapter 20, Section 2, for the exercise of official duties, shall be sentenced for bribery to a fine or imprisonment for at most two years. (Law 1977:103)
Chapter 20. On Misuse of Office etc. (...)

se sustenta na ideia de que a corrupção sempre gera ineficiência econômica e custos excessivos que acabam por onerar a todos os cidadãos, sejam eles administrados ou consumidores.[33]

A adoção dessa técnica legislativa surge como uma resposta à redução dos limites da Administração Pública resultante de três situações distintas: privatização de sociedades empresárias estatais; transferência da gestão de serviços públicos ao setor privado,[34] bem como, da sujeição de determinados entes estatais a regimes jurídicos de natureza híbrida.[35]

Section 2
An employee, who receives, accepts a promise of or demands a bribe or other improper reward for the performance of his duties shall be sentenced for taking a bribe to a fine or imprisonment for at most two years. The same shall apply if the employee committed the act before obtaining the post or after leaving it. If the crime is gross, imprisonment for at most six years shall be imposed.
The provisions of the first paragraph in respect of an employee shall also apply to:
1. a member of a directorate, administration, board, committee or other such agency belonging to the State, a municipality, county council, association of local authorities, parish, religious society, or social insurance office,
2. a person who exercises an assignment regulated by statute,
3. a member of the armed forces under the Act on Disciplinary Offences by Members of the Armed Forces etc. (1986:644), or other person performing an official duty prescribed by Law,
4. a person who, without holding an appointment or assignment as aforesaid, exercises public authority, and
5. a person who, in a case other than stated in points 1-4, by reason of a position of trust has been given the task of managing another's legal or financial affairs or independently handling an assignment requiring qualified technical knowledge or exercising supervision over the management of such affairs or assignment. (Law 1993:207)."

33. Cf. NIETO MARTÍN, A. op. cit., p. 57. Vale mencionar que, de acordo com o autor, esse processo de privatização sueco não significou a sujeição das atividades anteriormente estatais ao direito comum, pelo contrário, o setor público sueco é particularmente extenso e goza de um grande prestígio neste país, o que levou a que a esfera privada adotasse as formas de gestão próprias da esfera pública.

34. No Brasil, a transferência para o setor privado da gestão de serviços públicos se dá mediante a celebração de contratos de concessão de serviço e obra pública ou de contratos de permissão de exploração de serviços públicos, ambos regulados pela Lei 8.987, de 13.02.1995.

35. Esse é o caso das sociedades de economia mista e das empresas públicas, as quais, embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, estão sujeitas a um regime jurídico de natureza híbrida, por força do disposto no art. 173, § 1.°, II e III, da Constituição Federal.

Tais fenômenos criam uma zona de penumbra entre o setor público e o privado e naqueles sistemas jurídicos cujas definições de "agente público" são mais restritas dão lugar ao surgimento de lacunas de punibilidade em relação àquelas condutas que, uma vez praticadas por particulares, deixam de ser consideradas crime visto que não estão mais abarcadas pelo regime jurídico próprio dos delitos funcionais.[36]

O terceiro modelo de incriminação da corrupção privada é aquele que atende aos seus aspectos patrimoniais. O bem jurídico tutelado é o *patrimônio social* e o delito de corrupção privada consiste em um tipo especial de *administração desleal do patrimônio social*,[37] também denominada *infidelidade patrimonial (Untrue)*. Esta última ver a ser a opção adotada pelo ordenamento jurídico italiano, tendo em vista o disposto no art. 2.635[38] do Código Civil respectivo, com redação modificada pela Lei 190, de 06.11.2012.[39]

36. Cf. NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 57-58. De acordo com o autor, diante dessa nova realidade, o ordenamento jurídico alemão, por exemplo, optou pela redefinição do conceito de funcionário público (§ 11 StGB), com vistas, sobretudo, a incluir dentro deste termo a particulares que, por encargo da Administração, realizam funções públicas. Por outro lado, na Áustria, e a partir de uma perspectiva complementária, formulou-se um tipo penal específico por meio do qual se sanciona a corrupção de empregados de empresas públicas (§ 305.1 (2) y §307.1 (2) OstGB).

37. Cf. NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 58, 65-68. Nesse sentido: FOFFANI, L., op. cit., p. 666.

38. "Art. 2.635. – (Corruzione tra privati). – Salvo che il fatto costituisca piu' grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilita', per se' o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedelta', cagionando nocumento alla societa', sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto e' commesso da chi e' sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma. Chi da' o promette denaro o altra utilita' alle persone indicate nel primo e nel secondo comma e' punito con le pene ivi previste.
Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di societa' con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni. Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi."

39. A lei também alterou o *nomen iuris* da figura delitiva prevista no art. 2.635 do Código Civil Italiano, que passou de "Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità" a "Corruzione tra privati".

Em linhas gerais, a legislação italiana sanciona penalmente a conduta de administradores, diretores, gerentes responsáveis pela elaboração de relatórios financeiros da empresa, auditores e liquidatários que, em virtude de paga ou promessa de pagamento de dinheiro ou outro benefício, direta ou indiretamente, realize ou omita atos com violação ao seu dever de ofício ou de fidelidade, causando dano à sociedade.

De um ponto de vista técnico-legislativo, o modelo patrimonial consegue forjar de maneira mais satisfatória o tipo de injusto da corrupção privada. Diferentemente do que ocorre no modelo laboral, neste âmbito o bem jurídico tutelado (*patrimônio social*) é dotado de um conteúdo material concreto, o que possibilita delimitar com clareza qual espécie de conduta representam ataques intoleráveis àquela realidade social, a partir de um ponto de vista *ex ante*. Também permite averiguar quais efeitos lesivos advindos dessas condutas são relevantes do ponto de vista de justificação da intervenção jurídico-penal. Em outras palavras, nesse modelo de incriminação é possível distinguir, de um lado, o desvalor da ação, que está fundamentado pelo dolo, e demais elementos subjetivos do injusto, e, ainda, pela infração do dever de fidelidade ou dos deveres próprios da função desempenhada pelo sujeito ativo, e, de outro, o desvalor do resultado, que, por sua vez, se identifica com a lesão ou exposição a perigo concreto de lesão do bem jurídico patrimônio social.

Outro dado de suma importância passível de nota diz respeito à preferência do legislador italiano pela estrutura de delitos de lesão na construção do tipo penal, uma vez que a consumação do delito depende da causação de dano à sociedade empresarial ("cagionando nocumento alla societa"). Com isso, não há crime quando a solicitação, a aceitação ou o recebimento do benefício indevido, com vistas à realização ou omissão de determinados atos em violação aos deveres de fidelidade ou aqueles próprios de seu ofício, não determinem qualquer tipo de lesão ao patrimônio social. Tampouco configura crime os casos de oferecimento e pagamento de vantagem, com vistas a que o empregado realize ou omita tais atos, quando a expectativa patrimonial gerada por esta atuação configure uma contraprestação econômica que compense o oferecimento ou seu efetivo pagamento.[40]

Por fim, o último e mais significativo modelo de incriminação da corrupção privada é o que se efetua a partir do *direito de concorrência*. Tal modelo é

40. Nesse sentido, CARUSO FONTÁN, M. V., op. cit., p. 166.

adotado pelos ordenamentos jurídicos alemão (§§299 e 300 StBG[41]), espanhol (art. 286 *bis*, do Código Penal[42]), suíço (arts. 4a e 23 da Lei de Concorrência

41. "Section 299. Taking and giving bribes in commercial practice
(1) Whosoever as an employee or agent of a business, demands, allows himself to be promised or accepts a benefit for himself or another in a business transaction as consideration for according an unfair preference to another in the competitive purchase of goods or commercial services shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.
(2) Whosoever for competitive purposes offers, promises or grants an employee or agent of a business a benefit for himself or for a third person in a business transaction as consideration for such employee's or agent's according him or another an unfair preference in the purchase of goods or commercial services shall incur the same penalty.
(3) Subsections (1) and (2) above shall also apply to acts in competition abroad.
Section 300
Aggravated cases of taking and giving bribes in commercial practice
In especially serious cases an offender under section 299 shall be liable to imprisonment from three months to five years. An especially serious case typically occurs if
1. the offence relates to a major benefit or
2. the offender acts on a commercial basis or as a member of a gang whose purpose is the continued commission of such offences."

42. "Artículo 286 bis. Añadido por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. 1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que

Desleal[43]), austríaco (n. 1 e 2, § 10, UGW[44]) e pelos mais relevantes tratados internacionais que tratam do tema.

De acordo com a referida construção, o bem jurídico tutelado é a *livre concorrência*,[45] de forma que a corrupção privada consiste afinal em uma forma de

---

tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales."

43. "Art. 4a Corruption active et passive 1. Agit de façon déloyale celui qui:
a. aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à un employé, un associé, un mandataire ou un autre auxiliaire d'un tiers du secteur privé, en faveur de cette personne ou en faveur d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité professionnelle ou commerciale et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation;
b. en tant qu'employé, en tant qu'associé, en tant que mandataire ou en tant qu'autre auxiliaire d'un tiers du secteur privé, aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté, en sa faveur ou en faveur d'un tiers, un avantage indu pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité professionnelle ou commerciale et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation.
2 Ne constituent pas des avantages indus ceux qui sont convenus par contrat de même que ceux qui, de faible importance, sont conformes aux usages sociaux.
(...)
Art. 23 Concurrence déloyale
1 Quiconque, intentionnellement, se rend coupable de concurrence déloyale au sens des art. 3, 4, 4a, 5 ou 6 est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
2 Peut porter plainte celui qui a qualité pour intenter une action civile selon les art. 9 et 10.
3 Dans la procédure, la Confédération a les mêmes droits qu'une partie plaignante."
44. "Section 10 of the Unfair Competition Act – Bribery of Employees or Agents (1) Any person who, in the course of business for purposes of competition, offers, promises or grants gifts or other benefits to an employee or agent of an enterprise in order to obtain, through the unfair conduct of the employee or agent, an advantage for him or a third party in the procurement of goods or services, shall be sentenced by the court to a prison term not exceeding three months or to a fine not exceeding 180 daily rates. (2) The same penalty shall be imposed upon any employee or agent of an enterprise who, in the course of business, demands, permits to be promised or accepts gifts or other benefits, in return for providing another person through unfair conduct with competitive advantages in the procurement of goods or services. (3) Paragraphs 1 and 2 shall not apply if the conduct is subject to the same or more severe penalties under other provisions. (4) Prosecution shall only take place at the request of a person entitled to apply for an injunction under the first sentence of section 14."
45. A livre concorrência vem a ser "a liberdade para competir no mercado, consistindo a concorrência na existência de diversos agentes que, num mesmo tempo e espaço,

concorrência desleal. Entende-se por livre concorrência a "situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze da supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos".[46]

Trata-se de bem jurídico transindividual e, portanto, indisponível, de forma que o consentimento do empresário ao qual se encontra vinculado o empregado que tenha oferecido, prometido, aceitado ou recebido o benefício indevido resulta irrelevante para a conformação do tipo penal.[47]

Para que seja possível entender a concorrência como objeto de proteção jurídico-penal do delito de corrupção privada, é necessário considerar que ela desempenha pelo menos duas funções de extrema importância: uma de natureza econômica e outra de natureza político-social.[48] A função econômica se reflete na qualidade de mercadorias e serviços disponibilizados no mercado, bem como, na livre formação de preços. A partir dessa perspectiva, a tute-

---

buscam um mesmo e similar objeto. (...) Nesse domínio, a concorrência decorre, como consequência necessária, da *liberdade de iniciativa econômica*, sendo então adjetivada como 'livre', isto é, acessível a todos, liberta de certos obstáculos que têm por efeito impossibilitar ou dificultar sobremaneira a acessibilidade, a todos, de ofertar, num mesmo mercado, bens ou serviços iguais, similares ou análogos, por parte de diversos operadores" (REALE JUNIOR, Miguel. *Problemas econômicos concretos*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 73). Nesse sentido, FIGUEIREDO, Leonardo Vizeo. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 67. Para este autor, a concorrência consiste "na ação competitiva desenvolvida por agentes que atuam no mercado de forma livre e racional. Isto é, trata-se da disputa saudável por parcela do mercado entre agentes que participam de uma mesma etapa em ciclo econômico".

46. SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. 11. ed. São Paulo: Best Seller, 2002, p. 118-119.

47. Nesse linha, NIETO MARTÍN, A., op. cit., 2002, p. 56-57; BLANCO CORDERO, I.; DEL A CUESTA ARZAMENDI, J. L. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español? In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro en homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 272. De acordo com os autores, no ordenamento jurídico alemão, para a configuração do delito de corrupção privada, não é necessário que o corrupto infrinja as obrigações que o vinculam ao empresário. "Pelo contrário, é prática uniforme dos tribunais, aceitada pela maioria da doutrina, que o conhecimento e aprovação do empregador não evita a deslealdade competitiva, de forma que não exclui o delito. Assim foi decidido no caso mais importante sobre esta matéria, o *Korkengeld-Fall* (*RGSt* 48, 291)".

48. BACIGALUPO, Silvina; BAJO, Miguel. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001, p. 428.

la da competência pretende assegurar que os preços de mercado se formem perfeitamente "segundo a correção entre oferta e procura, sem interferência predominante de compradores ou vendedores isolados".[49] Isso propicia que os capitais circulem livremente entre os vários ramos e setores, de modo a haver a transferência dos menos rentáveis para os mais rentáveis em cada conjuntura econômica.[50]

Por outro lado, a função político-social se vincula ao direito de competir que ostenta todo aquele que participa profissionalmente no tráfico econômico, devendo-lhes ser garantido um mínimo econômico competitivo que facilite ao máximo os benefícios inerentes à concorrência.[51] "Esse mínimo é garantido exigindo um comportamento leal e trata de erradicar os comportamentos que de fato restringem a liberdade dos competidores (convênios ou acordos monopolísticos) e os comportamentos desonestos na luta pela clientela",[52] dentre os quais estão abarcados os atos de corrupção privada.

A ideia reitora desse marco teórico, portanto, é que a corrupção privada configura uma forma de concorrência desleal,[53] conduta esta que supõe

49. SANDRONI, P., op. cit., p. 118-119.

50. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 50.

51. Sobre o tema, FIGUEIREDO, L. V., op. cit., p. 206. Para o autor, "a defesa da concorrência, dentro de um contexto político-social, não é um fim 'em si mesmo', mas um meio pelo qual se busca criar uma economia eficiente, por meio do estabelecimento de políticas públicas e de um ordenamento jurídico específico para tanto. Em um sistema econômico eficiente, os cidadãos dispõem da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis e, consequentemente, os indivíduos desfrutam de um nível máximo de bem-estar econômico. O objetivo final da defesa da concorrência, portanto, é tornar máximo o devido processo competitivo e, por corolário, o nível de bem-estar econômico da sociedade. Economias competitivas são, também, uma condição necessária para o desenvolvimento econômico sustentável de uma Nação, a longo prazo".

52. BACIGALUPO, S.; BAJO FERNANDES, M. op. cit., p. 432.

53. A doutrina suíça costuma referir-se à corrupção privada como um gênero que abarca inúmeras espécies delitivas, dentre as quais se destaca: a administração desleal (art. 158, CPS); a fraude contra credores no processo de liquidação, falência ou recuperação judicial levada a cabo por meio de um "pacto de corrupção" entre o devedor e um determinado credor ou seus respectivos representantes legais (art. 167-168, CPS); a violação de deveres profissionais, tais como a atestado médico falso (art. 318 CPS), violação de confidencialidade (art. 321, CPS), violação de segredo profissional na investigação médica (art. 321bis, CPS); etc. Sobre o tema, QUELOZ, Nicolas; BORGHI, Marco; CESONI, Maria Luisa, op. cit., p. 46-47; 330.

a "transgressão das normas objetivas de conduta que emanam diretamente do princípio de concorrência econômica e que pesam sobre todos aqueles que desenvolvem uma atividade econômica de produção ou mediação de bens ou serviços no mercado".[54] Em consequência, o desvalor da ação que caracteriza o delito não se baseia na infração dos deveres de lealdade[55] para com o empregador, nem tampouco em um dever genérico de probidade ou de honestidade empresarial.[56] Pelo contrário, são sancionados comportamentos que infringem as regras do bom funcionamento do mercado[57] e que implicam na corrupção de pessoas com capacidade decisória no seio de entidades empresariais.[58] Com essa previsão, pretende-se impedir que a posição que um determinado agente ocupe no mercado dependa da quantidade de benefícios indevidos que prometa ou ofereça, em detrimento do preço e da qualidade dos bens e serviços oferecidos.[59]

54. MASSAGUER FUENTES, José; FOLGUERA CRESPO, Jaime; GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso; SALA ARQUER, José Manuel (dirs.). *Comentario a la ley de defensa de la competencia*. 2. ed. Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2010, p. 147.

55. Cf. ARGADOÑA, A., op. cit., p. 10. Nesse sentido: OTERO GONZÁLEZ, P., op. cit., p. 178.

56. Cf. BAÑERES SANTOS, Francisco. Corrupción entre privados (art. 286 bis, 287 y 288). In: QUINTERO OLIVARES (dir.). *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, p. 248.

57. SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Curso de derecho penal: parte especial*. Madrid: Dikinson, 2012, p. 369. Nesse sentido, NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 56-57. De acordo com o autor, "neste marco a infração do dever posicional se situa no contexto das obrigações dos operadores do sistema econômico para com o mercado".

58. VENTURA PÜSCHEL, Arturo. Corrupción entre particulares. In: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Comentarios a la reforma de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 320-321.

59. Cf. BAÑERES SANTOS, F., op. cit., p. 248. De acordo com o ordenamento jurídico espanhol, na corrupção ativa, "se castiga o particular que corrompe ou tenta corromper os responsáveis de uma empresa ou sociedade, com a intenção de resultar beneficiados frente aos seus competidores, não sendo exigido para sua consumação nem o prejuízo patrimonial nem sequer um perigo efetivo para este patrimônio. Configura-se, assim, como um delito de mera atividade". Já na corrupção passiva, "se castigam os comportamentos de empregados ou diretores de empresas (não o empresário, que está fora do círculo de sujeitos ativos) que, infringindo suas obrigações na aquisição ou venda de mercadorias ou na contratação de serviços profissionais, recebem, solicitam ou aceitam vantagem indevida com o fim de favorecer ao outorgante de tal vantagem frente a terceiros" (SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, A.; SERRANO TÁRRAGA, M. D.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., op. cit., p. 370)

3. A CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, a corrupção entre particulares, tal como proposta pelas convenções internacionais, não encontra adequação típica, seja na legislação penal, seja na administrativa. Para suprir essa "lacuna de punibilidade", o Projeto de Reforma do Código Penal brasileiro (Projeto de Lei do Senado – PSL – n. 236, 2012) – chamado "Projeto Sarney" – pretende criminalizar no art. 167, do Título II, que trata dos Delitos contra o Patrimônio, a figura da *corrupção de particulares*, nos termos seguintes:

"Art. 167. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiro, direta ou indiretamente ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições.

Pena – prisão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida."

Prefacialmente à análise dogmática do dispositivo ínsito no Projeto de Reforma do Código Penal, convém asseverar que a criminalização dos comportamentos vinculados ao delito de corrupção privada no ordenamento jurídico brasileiro decorre da adoção irreflexiva pelo legislador brasileiro da política criminal internacional de combate à corrupção.[60]

A decisão que culmina na apresentação da presente iniciativa penal não vem precedida por um verdadeiro debate legislativo, doutrinário e jurisprudencial dedicado a verificar, de um lado, a existência de uma firme convicção

60. A respeito do tema e comentando sobre a incriminação dessa figura no ordenamento jurídico espanhol, vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; ROBLES PLATA, Ricardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El delito de corrupción entre particulares (art. 286 BIS). In: SILVA SÁNCHEZ; Jesús-María (dir.); PASTOR MUÑOZ, Nuria (coord.). *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*. Las Rozas, Madrid: La Ley, 2012, p. 421; VENTURA PÜSCHEL, A., op. cit., p. 325; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C., op. cit., p. 306; NAVARRO FRÍAS, I.; MELERO BOSCH, L., op. cit., p. 04; NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 55. Para este último autor, nem o legislador, nem a doutrina espanhola difundiram a obrigação de incluir um delito destas características no ordenamento jurídico espanhol. "E mais, não resulta exagerado indicar que a expressão corrupção privada resulta quase desconhecida no glossário de termos jurídico-penais espanhóis. No máximo, se faz menção a ela no momento de proceder a alguma classificação dos distintos tipos de corrupção".

social a respeito da legitimidade da intervenção penal nessa seara privada;[61] e, de outro, se tal intervenção está justificada com base em critérios de merecimento e da necessidade de pena.[62]

61. A questão da convicção social a respeito da legitimidade da intervenção penal sobre comportamentos que supõem ataques intoleráveis a interesses tidos como imprescindíveis à convivência social não é questão de menor importância e possui um reflexo direto no que respeita à eficácia da legislação penal. Sobre o tema, vale a pena fazer referência à abordagem de Heidenheimer sobre a graduação da censurabilidade social a respeito dos atos de corrupção pública, HEIDENHEIMER, Arnold J. Perspectives on the perceptions of corruption. In: _____; JOHNSTON, Michael. *Political Corruption: concepts and contexts*. Transaction Publishers, New Brunswick, 2009, p. 152. Neste estudo, Heidenheimer distinguiu três tipos de corrupção: a negra, a cinza e a branca. A corrupção negra abarca todas aquelas condutas consideradas corruptas tanto pelas elites morais da sociedade correspondente como pela população em geral, de forma que muito frequentemente existe uma congruência entre a lei e a opinião pública. Por outro lado, a corrupção cinza compreende aquelas situações ambíguas em que não há consenso pleno e definitivo quanto à censurabilidade de determinado comportamento, mas em relação aos quais setores relevantes da sociedade, mais comumente as elites, estão a favor da condenação por considerarem-no corrupto. Assim, com frequência ocorre que determinadas condutas, ainda que presentes na tipologia das ações corruptas, não são rechaçadas pela população em geral. Por fim, os comportamentos característicos da corrupção branca não encontram uma oposição forte no seio social, seja pelas elites ou pela sociedade em geral, de forma que tais condutas não são condenadas abertamente, mas sim toleradas ao menos parcialmente, inexistindo, por conseguinte, "leis condenatórias de tais práticas dada a falta de apoio generalizado" (VILLORIA MENDIETA, M., op. cit., p. 42). Tanto nas hipóteses da corrupção cinza quanto na branca, dada indiferença social a respeito da nocividade de determinadas condutas corruptas, qualquer iniciativa penal que pretenda tipificar estes comportamentos está fadada à ineficácia e à produção de efeitos meramente simbólicos.

62. Tais critérios servem para aportar certo nível de racionalidade às decisões legislativo-penais. Sobre o tema DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2005. Nesta obra, o autor pretende desenvolver uma teoria da legislação penal que aprofunde os conteúdos da racionalidade das decisões legislativas, especialmente as de natureza penal. Após descrever as fases do processo de elaboração de leis penais (pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa), aborda os conteúdos de racionalidade legislativa, os quais estão estruturados em cinco níveis de racionalidade (ética; teleológica; pragmática; jurídico-formal; linguística) e que são afetados por uma dimensão transversal: a da eficiência. Nessa oportunidade, vale a pena mencionar apenas o conteúdo da racionalidade ética, o qual é formado por princípios fundamentais do Direito Penal, que por sua vez, estão reunidos em três grandes grupos: *os princípios de proteção* (lesividade, fragmentariedade, interesse público, correspondência com a realidade), que dariam as bases para se assentar os conteúdos de tutela do Direito Penal; *os princípios da responsabilidade*

Por conseguinte, não foram realizados estudos político-criminais de maior envergadura que pudessem orientar o legislador na escolha do modelo mais correto e oportuno de criminalização da corrupção privada, consideradas as características sociais e jurídicas brasileiras; ou ainda, que indicassem a técnica legislativa de construção do tipo penal mais adequada no sentido de apreender as condutas que configurariam ataques intoleráveis, por sua nocividade social, ao pressuposto essencial da convivência social que se busque tutelar mediante a previsão penal.

3.1 Bem jurídico tutelado

Tendo em vista a opção do legislador no citado Projeto de prever o delito de corrupção entre particulares no título que versa sobre os delitos contra o patrimônio, e considerando que essa escolha não é casual, uma vez que a melhor técnica legislativo-penal impõe que o legislador esclareça no próprio diploma legal quais são os valores que pretende tutelar por meio da previsão de comportamentos delitivos.[63] resulta forçoso concluir que o bem jurídico tutelado em uma eventual criminalização dessa figura é o *patrimônio social.*

Trata-se de bem jurídico de natureza individual consistente no complexo de bens e direitos, de titularidade do empresário ou da instituição privada, destinados à exploração de atividades de natureza econômica ou de outra espécie, tais como as atividades intelectuais, filantrópicas, culturais, científicas ou literárias.

Para fins penais, o acervo patrimonial é composto pelos bens corpóreos e bens incorpóreos que compõem o ativo patrimonial da pessoa jurídica. Os bens corpóreos são os dotados de existência física[64] e compreendem os bens

---

(segurança jurídica, responsabilidade do fato, imputação, culpabilidade, jurisdição), que se ocupariam dos requisitos fundamentais que a sociedade considera sejam necessários para que se possa exigir a responsabilidade criminal; *os princípios de sanção* (humanidade, teleológico, proporcionalidade das penas e monopólio punitivo estatal), que determinariam os critérios configuradores das reações sancionadoras à conduta criminalmente responsável, de forma a adequá-los aos limites do exercício do poder acordados socialmente.

63. Não se deve olvidar que o bem jurídico tem uma função sistemática. Atua como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos da parte especial do Código Penal, cujos títulos e capítulos são estruturados com lastro no critério do bem jurídico. Sobre as funções do bem jurídico, PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição.* 6. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 60.

64. COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito civil: parte geral.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 204.

imóveis; as mercadorias do estoque; os mobiliários; utensílios; veículos; maquinaria e todos os demais bens imateriais que o empresário ou a instituição privada utilizam na exploração de sua atividade. Por outro lado, os bens incorpóreos são os bens meramente conceituais, desprovidos de materialidade física.[65] Abrangem os direitos patrimoniais (direitos do autor sobre a obra de arte, literária ou científica; direitos de crédito; direitos reais quanto à coisa); os bens industriais (patente de invenção, de modelo de utilidade, registro de desenho industrial, marca registrada, nome empresarial e título de estabelecimento); o "ponto comercial" (local em que se explora a atividade econômica) e todos os demais bens imateriais cuja titularidade recai sobre o empresário ou a instituição privada.[66]

A dignidade penal desse bem jurídico é indiscutível. Os bens e direitos englobados pelo conceito de patrimônio social constituem um suporte material imprescindível para a realização exitosa de atividades valiosas e socialmente relevantes. Em última análise, o exercício de tais atividades impulsiona a satisfação de objetivos fundamentais preconizados pela Constituição de 1988, estejam eles vinculados a tarefas assistenciais promotoras de desenvolvimento social em condições de justiça, igualdade e solidariedade, ou ainda, ao normal funcionamento de uma economia social de mercado que promova o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas no seio social e que esteja comprometida com o bem-estar de todos os cidadãos; com o desenvolvimento econômico nacional; com a erradicação da pobreza e da marginalização e com a redução de desigualdades sociais.

Contudo, a dignidade penal de tal bem jurídico pode justificar a criminalização da figura de administração desleal do patrimônio alheio, seja de natureza genérica[67]

65. Idem, p. 204.

66. Sobre os bens que compõem o patrimônio das sociedades empresárias, REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. I, p. 181-186. COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saravia, 2012. vol. I, p. 120-124.

67. A administração desleal de patrimônio alheio, também denominado delito de infidelidade patrimonial (*Untrue*), está previsto no ordenamento jurídico austríaco nos n. 1 e 2 do §153, StGB. De acordo com este dispositivo, aquele que dolosamente abusando da autoridade que lhe é conferida por lei, ordem oficial ou contrato, dispor de patrimônio que não lhe pertence ou obrigar outro a dispor, causando danos a outra pessoa, será sancionado com pena de prisão de até seis meses ou multa de até 360 dias-multa. Se o dano resultante da conduta for superior a 3.000,00 o tempo de prisão será de até três anos; entretanto, se o dano exceder a 50.000,00 a pena de prisão será de um a dez anos. A legislação penal austríaca também prevê o

ou exclusivamente societária,[68] sendo bastante questionável, desde uma perspectiva político-criminal, que possa fundamentar a criminalização da corrupção privada, figura associada a certos tipos comportamentais empreendidos no âmbito da exploração empresarial da atividade econômica que estão direcionados ao ataque de determinadas condições essenciais ao funcionamento do sistema econômico estabelecido, mais concretamente o regime da livre concorrência.

Na realidade, o legislador brasileiro não é capaz de identificar os interesses lesionados e delimitar satisfatoriamente o âmbito do injusto e o dano social provocado pelos atos de corrupção privada.

Os comportamentos corruptos privados, na medida em que condicionam a aquisição de bens e a prestação de serviços relativos à percepção de benefícios

---

delito de aceitação de vantagem por executivos (*Geschenkannahne durch Machthaber*, §153a, StGB), onde está previsto que aquele que aceitar mais que uma simples vantagem patrimonial de menor importância (qualquer valor abaixo de 100, RIS-Justiz, RS0099085) no exercício da autoridade conferida por lei, ordem oficial ou contrato, para dispor de bens que não lhe pertencem ou para obrigar outra pessoa sem transmitir essa vantagem, violando suas obrigações, será castigado com uma pena de prisão de até um ano.

68. O ordenamento jurídico espanhol prevê o delito de administração desleal do patrimônio empresarial no Capítulo XIII, do Código Penal, o qual trata dos delitos societários. De acordo com o art. 295 deste diploma legal, os administradores de fato ou de direito ou os sócios de qualquer sociedade constituída ou em formação, que em benefício próprio ou de um terceiro, com abuso das funções próprias de seu cargo, disponham fraudulentamente dos bens da sociedade ou contraiam obrigações a cargo desta causando diretamente um prejuízo avaliável economicamente a seus sócios, depositários, contra-partícipe ou titulares dos bens, valores ou capital que administrem, serão castigados com pena de prisão de seis meses a quatro anos, ou multa até o triplo do benefício obtido. Sobre a eleição do legislador espanhol, aduz Martínez-Buján Pérez, que anterior à criminalização dessa figura delitiva, havia um amplo acordo doutrinário no sentido da necessidade político-criminal e dogmática de criar um delito com essas características. Ainda segundo o autor, boa parte da doutrina, respaldada explicitamente por decisões judiciais, defendia a conveniência de se tipificar um delito genérico de administração desleal do patrimônio alheio que, tutelando exclusivamente o patrimônio (e não o direito à propriedade e nem, em seu caso, o direito ao cumprimento de obrigação ou o direito de crédito), se situaria entre os genuínos delitos patrimoniais, na linha do modelo germânico de tipificação. No entanto, persistiu o modelo adotado pelos projetos anteriores ao Código de 1995, de forma que apenas a versão societária do delito acabou sendo criminalizada (MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 209).

indevidos, mais do que eventualmente ocasionam dano patrimonial ao empresário ou à instituição privada, distorcem as condições competitivas do mercado, atingindo de forma intolerável as funções econômica e de político-social desempenhadas pelo regime de livre concorrência. Isso porque se refletem negativamente tanto na qualidade de mercadorias e serviços disponibilizados no mercado e na livre formação de preços, como também, impedem que as demais empresas que participam profissionalmente no tráfico econômico possam competir em regime de relativa igualdade.[69]

Por fim, a escolha do modelo patrimonial de certa forma contradiz o argumento trazido pelo próprio legislador brasileiro da citada proposta legal ao justificar a introdução da corrupção privada no ordenamento jurídico-penal brasileiro, qual seja: a obrigação de "dar cumprimento a tratados e convenções internacionais". Ora, se o legislador entende que está obrigado a introduzir no novo Código Penal o delito de corrupção entre particulares em razão da ratificação pelo Estado brasileiro da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 (art. 21), o que de *per se* já é bastante discutível, de acordo com os argumentos acima desenvolvidos, seria mais coerente que tivesse associado essa figura delitiva à proteção da livre concorrência e não à tutela do patrimônio social.

3.2 Sujeitos do delito

O art. 167 do Projeto de Reforma do Código Penal brasileiro, na sequência lógica dos tradicionais delitos de corrupção passiva (art. 317, CP[70]) e cor-

69. Defendendo que o modelo a ser adotado em caso de incriminação da corrupção privada deve ser o que protege a livre concorrência, FOFFANI, L., op. cit., p. 667. De acordo com o autor, o perfil econômico do delito e sua orientação específica para a proteção da concorrência foi acentuado pelo legislador alemão de 1997, "que precisou que o *pactum sceleris* entre os dois sujeitos deve integrar-se necessariamente ao 'tráfico econômico' (*im geschäftlichen Verkehr*) e a conduta do corruptor tem que ser realizada para fins de concorrência (*zu Zwecken des Wettbewerbs*). Considerando a atual tendência à globalização dos mercados, enfim, o legislador alemão quis, expressamente, estender o marco da intervenção penal às condutas que se realizam na 'concorrência exterior' (*im ausländischen Wettbewerb*)" (p. 665).

70. "Corrupção passiva
Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei 10.763, de 12.11.2003)

rupção ativa (art. 333, CP[71]), incrimina o acordo entre dois particulares, o representante da sociedade empresária ou instituição privada (corrupto) e o particular alheio a elas (corruptor), cujo objeto consiste em prestações reciprocamente consideradas. De um lado, o corruptor oferece, promete, entrega ou paga uma vantagem indevida a fim de que o corrupto realize ou omita ato inerente às suas atribuições, o qual, por sua vez se propõe a atuar ou omitir-se visando a percepção do benefício indevido.

São sancionadas todas as possíveis formas e modalidades do mencionado ajuste e, para efeitos de pena, é irrelevante que a iniciativa para sua concretização tenha partido do corrupto ou do corruptor.[72] Tampouco é necessário que o ato ou a omissão objeto do *pactum sceleris* esteja perfeitamente individualizado no momento da realização do ajuste corrupto, bastando que seja possível inferir com clareza que a vantagem indevida consiste em uma forma de contraprestação pela realização ou omissão de uma determinada classe de ato inerente às atribuições do representante da sociedade empresária ou instituição privada.

Dessa forma, quer dizer, na forma proposta, a corrupção privada constitui um *delito de concurso necessário*, na medida em que exige a presença de duas pessoas, o corrupto e o corruptor.[73]

---

§ 1.º A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2.º Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa."

71. "Corrupção ativa

Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei 10.763, de 12.11.2003)

Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional."

72. Nesse sentido, VENTURA PÜSCHEL, A., op. cit., p. 325; SILVA SÁNCHEZ, J.; ROBLES PLATA, R.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., op. cit., p. 422.

73. Assim, QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales. *Cuadernos de derecho judicial* (Ejemplar dedicado a: Derecho penal económico). n. 2. p. 39-86. 2003, p. 626. Para o autor, "se o corrompido realiza, além da aceitação do suborno, um delito, o sujeito ativo do presente delito será indutor".

Entretanto, a despeito de participarem de um mesmo fato delitivo, cada um dos sujeitos responde por um crime distinto, tratando-se de uma exceção à teoria monística da ação prevista no art. 29, CP.[74]

Desse modo, o corrupto responde pelo delito de corrupção privada passiva (art. 167, *caput*), enquanto o corruptor responde pelo delito de corrupção privada ativa (art. 167, parágrafo único).

3.2.1 *Sujeitos ativo e passivo do delito de corrupção privada passiva (art. 167,* caput*)*

Sujeito ativo do crime de corrupção privada passiva é o *representante de empresa ou instituição privada.*

Trata-se de delito especial próprio, na medida em que o tipo penal restringe a autoria delitiva àquelas pessoas que reúnem determinados requisitos ou qualidades pessoais, e cuja conduta consista em uma infração de dever jurídico específico,[75] em regra previsto na legislação de natureza extrapenal.[76]

No caso em análise, os deveres infringidos pela conduta do agente seriam os de lealdade para com o empresário ou instituição privada e o de salvaguarda do patrimônio social respectivo. Para delimitar o círculo de sujeitos ativos faz-se

74. "Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984)
§ 1.º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984)
§ 2.º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984)."

75. CEREZO MIR, José. *Curso de direito penal español: parte general.* 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. t. II, p. 119. Para este autor, "a partir de um ponto de vista não meramente formal, mas material, em relação ao conteúdo do injusto, somente merecem a consideração de delitos especiais – próprios ou impróprios – aqueles em que a conduta do autor corresponde a uma infração de um dever jurídico específico". Nessa linha, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español: parte general. En esquemas.* 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 169; WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general.* Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 73-72; PRADO, L. R. *Tratado...* cit., vol. 2, p. 70 e ss.; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Trad. de la 2. ed. alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 338.

76. Cf. ROXIN, C., op. cit., p. 387-388.

necessário, em primeiro lugar, identificar na legislação laboral, mercantil ou empresarial os indivíduos obrigados à observância dos deveres de lealdade e de salvaguarda patrimonial e, em um segundo momento, determinar aqueles a quem a lei atribui poderes decisórios capazes de vincular juridicamente a pessoa jurídica. Consideradas essas premissas, regra geral, são autores do delito: os sócios com poder de administração, diretores, gerentes, membros do conselho de administração ou qualquer outro indivíduo que, tendo poder de decisão, atue como representante da pessoa jurídica.[77]

De acordo com a redação contida no Projeto, a conduta pode ser praticada *direta ou indiretamente* pelo representante do empresário ou instituição privada. Com tal previsão, o legislador fez referência expressa à possibilidade de autoria imediata única, coautoria imediata e autoria/coautoria mediata no delito de corrupção privada passiva. [78]

O sujeito ativo pratica diretamente o delito (autoria direta ou imediata) quando realizar pessoalmente todos os elementos do tipo, ou ainda, quando, para a consecução do comportamento típico, utilizar-se de pessoa interposta que não realiza conduta, o que se dá nos casos de força física irresistível (*vis absoluta*); estados de inconsciência absoluta – desde que não deliberada –; reflexos corporais estritamente somáticos; e ainda, falta de capacidade de ação ou imobilidade por incapacidade de dirigir movimentos. Por outro lado, pratica indiretamente o delito (autoria indireta ou mediata) quando, na realiza-

77. Nesse sentido, SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, A.; SERRANO TÁRRAGA, M. D.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., op. cit., p. 370.

78. Seguindo essa tendência de mencionar no tipo penal a possibilidade de coautoria e participação no delito de corrupção privada, o ordenamento jurídico espanhol se vale da expressão "pessoa interposta". Sobre o tema, advertem SILVA SÁNCHEZ, J.; ROBLES PLATA, R.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., op. cit., p. 423, que "era provavelmente desnecessário que se indicasse ser punível a conduta tanto se o sujeito a realiza *de per si* (autoria única direta) como se a realiza mediante pessoa interposta. Em todo caso, a específica referência legal às pessoas interpostas pode estar relacionada com a proliferação de intermediários em contextos como os contemplados. Seja como for, o recurso à 'pessoa interposta' não descreve uma figura dogmática precisa. Pelo contrário, é compatível com uma autoria mediata (se o sujeito interposto foi instrumentalizado mediante recurso ao engano ou à coação), com uma coautoria e, inclusive, como uma indução. Dado que o Código não se pronuncia sobre o tratamento dogmático nem punitivo da pessoa 'interposta', parece que a conduta desta poderá mover-se entre a atipicidade (cooperação neutra, ausência de dolo) e a tipicidade a título de cumplicidade, cooperação necessária e coautoria (sendo ainda possível que a conduta esteja justificada ou exculpada)".

ção delitiva, valer-se de terceira pessoa que atua como mero instrumento. Em síntese, tem-se a autoria mediata nas hipóteses de coação moral irresistível (art. 22, CP); obediência hierárquica (art. 22, CP); na indução a erro ou nos casos em que o autor mediato se aproveita da situação de erro de tipo ou de proibição do sujeito; bem como, nos casos de utilização de inimputáveis ou de pessoa amparada por alguma causa de justificação.[79]

O tratamento dogmático do comportamento delitivo daquele que coopera dolosamente na conduta do sujeito que reúne as qualidades especiais previstas no tipo penal, de acordo com a sistemática do concurso de agentes delineada no Código Penal brasileiro (arts. 29 e 30), transita entre as hipóteses de coautoria e participação, sendo o critério distintivo a natureza da contribuição do comportamento do agente ao evento delitivo. De sua vez, é coautor todo aquele que, mediante acordo prévio e em regime de divisão de trabalho, contribuir para a consecução da empresa delitiva comum.[80] Por outro lado, é partícipe quem realiza uma conduta acessória ao comportamento típico empreendido pelo autor, ou seja, quem contribuir para a realização do delito em caráter secundário, seja por meio das formas de participação moral (instigação ou induzimento) ou de participação material (auxílio). Vale ressaltar que mesmo o *extraneus* poderá responder pelo delito tanto a título de coautoria como de participação, tendo em vista o disposto no art. 30 do CP, que dispõe, *a contrario sensu*, que as circunstâncias e condições pessoais do agente se comunicam quando elementares do tipo.[81]

79. Cf. PRADO, L. R. *Tratado...* cit., vol. 2, p. 575 e ss.

80. Cf. PRADO, L. R. *Tratado...* cit., vol. 2, p. 577 e ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal español: parte general. En esquemas*, p. 357. Defende este último autor que o acordo de vontades constitui um elemento subjetivo específico cujo conteúdo inclui uma divisão de funções, as quais serão realizadas por meios próprios (diretamente) ou mediante a utilização de instrumentos (indiretamente). Pode ser concretizado antes ou durante a realização do delito e a forma de manifestação pode ser expressa, tácita ou mediante atos conclusivos.

81. Considerando as premissas acima expostas, em especial a cláusula de comunicabilidade prevista no art. 30, depreende-se que o ordenamento jurídico pátrio não admite as soluções propostas por Claus Roxin quando trata de distinguir as hipóteses de autoria e participação nos delitos de infração de dever (delitos especiais). De acordo com seu entendimento, "autor é a figura central do acontecer em forma de ação", seja porque possua o domínio do fato (delitos de domínio); realiza pessoal e diretamente os elementos do tipo objetivo (delitos de mão própria), ou ainda, porque possui uma relação especial com o conteúdo de injusto do fato, estando obrigado a observar determinados deveres extrapenais (delitos de infração de dever). O partícipe, por sua

Sujeito passivo do delito, por sua vez, é a *empresa* ou a *instituição privada* ao qual se vincula o sujeito ativo.

A utilização do vocábulo *empresa* causa certa perplexidade. Em termos técnicos, empresa é definida como a *atividade econômica* de produção e circulação de bens e serviços explorada pelo empresário, sendo este pessoa física (empresário individual) ou pessoa jurídica (sociedade empresária ou empresa individual de responsabilidade limitada), mediante a articulação dos fatores de produção (mão de obra, capital, insumo e tecnologia).[82] Trata-se, portanto, de um conceito abstrato que se refere ao objeto de direito (atividade), e não ao sujeito de direito (empresário) e que, como tal, não pode ser titular de direitos ou interesses imprescindíveis à existência humana e coexistência social passíveis de ataque pelo sujeito ativo.[83]

Ao que tudo indica o legislador vale-se do sentido leigo atribuído ao vocábulo.[84] Ocorre que a linguagem usual lhe confere dois significados bastante

---

vez, está fora do centro de ação, encontrando-se apoiado na figura central do autor. Trasladando essa construção ao âmbito do injusto, a figura do autor aparece como um componente de descrição do fato típico; enquanto todas as formas de participação consistem em causas de extensão da aplicação da pena. No que respeita especificamente aos delitos de infração de dever, defende o autor que a violação de um dever extrapenal configura um requisito imprescindível da autoria. Em outras palavras, o que restringe o âmbito da autoria é justamente o dever específico que corresponde a determinadas pessoas de comportar-se adequadamente. O fundamento da autoria é, portanto, a infração consciente de um dever extrapenal, "que não se estende necessariamente a todos os implicados no delito, mas que é necessário para a realização do tipo". A abordagem proposta pelo autor, produz consequências diretas no que respeita especialmente à delimitação da coautoria e da autoria mediata. Serão coautores de um delito de infração de dever, apenas aqueles que reúnam essa condição especial, restando aos demais implicados no evento delitivo a responsabilização a título de participação. A autoria mediata, por sua vez, se verificará quando "o indivíduo que está sujeito a uma relação de dever deixe a execução da ação a uma pessoa que se encontra à margem da posição de dever que fundamenta a autoria". Nesta hipótese, portanto, o *intraneus* responderá na qualidade de autor mediato, enquanto o *extraneus* responderá a título de participação (ROXIN, C., op. cit., p. 44-45; 360; 386-389; p. 394).

82. Sobre o tema, REQUIÃO, R., op. cit., p. 46-49, COELHO, F. U., *Curso de direito comercial*... cit., p. 94-95.

83. Cf. REQUIÃO, R., op. cit., p. 47.

84. REQUIÃO, R., op. cit., p. 48. Adverte este autor, que a "figuração que o leigo faz de empresa é no sentido objetivo de sua materialização. Daí a confusão entre empresa e estabelecimento comercial, e, no mesmo sentido, entre empresa e sociedade. É comum o empresário referir-se ao seu estabelecimento comercial, ou à sociedade de que é titular ou sócio

distintos, quais sejam: o de *sociedade empresária* ou *estabelecimento empresarial*. Dependendo de qual deles é privilegiado pelo legislador, o rol de sujeitos ativos e passivos da corrupção privada passiva resta mais ou menos abrangente. Isso porque, se o legislador pretende conferir à palavra empresa o sentido de sociedade empresária, o que parece ser o mais lógico (é o sentido aqui adotado), está excluído do âmbito da figura delitiva o empresário individual, justamente porque não constitui uma forma de sociedade. Por outro lado, se por empresa entende-se estabelecimento empresarial,[85] o empresário individual integra o rol dos sujeitos passivos do delito, uma vez que tal forma empresarial de exploração de atividade econômica pode ser titular de, no mínimo, um estabelecimento comercial.

A imprecisão do conteúdo do tipo de injusto decorrente da falta de técnica legislativa é, para além de lastimável, totalmente inadmissível, pois ofende o princípio da determinação, corolário do princípio da legalidade penal.

A redação do tipo penal não foi suficientemente clara e precisa, o que leva que a conformação do rol de sujeitos ativos e passivos do delito dependa de uma interpretação casuística do julgador, propiciando uma absoluta insegurança jurídica.[86]

A expressão *instituição privada*, por sua vez, engloba todas as demais pessoas jurídicas de direito privado previstas no ordenamento jurídico pátrio (art. 40, CC), sendo elas: as associações, as fundações, a empresa individual de responsabilidade limitada, as sociedades simples, as organizações religiosas e os partidos políticos.

---

proeminente, como 'a minha empresa'. E, no entanto, os conceitos são inconfundíveis (...)". Sobre o tema, adverte Fábio Ulhôa Coelho, que a "pessoa jurídica empresária é cotidianamente denominada "empresa", e os seus sócios são chamados "empresários". Em termos técnicos, contudo, empresa é a atividade, e não a pessoa que a explora; e empresário não é o sócio da sociedade empresarial, mas a própria sociedade. É necessário, assim, acentuar, de modo enfático, que o integrante de uma sociedade empresária (o sócio) *não é empresário*; não está, por conseguinte, sujeito às normas que definem os direitos e deveres do empresário" (COELHO, F. U., *Curso de direito comercial*... cit., p. 94-95).

85. "Estabelecimento empresarial é o conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica. Compreende os bens indispensáveis ou úteis ao desenvolvimento da empresa, como as mercadorias em estoque, máquinas, veículos, marca e outros sinais distintivos, tecnologia etc. Trata-se de elemento indissociável à empresa. Não existe como dar início à exploração de qualquer atividade empresarial, sem a organização de um estabelecimento" (Cf. COELHO, F. U., *Curso de direito comercial*... cit., p. 120).

86. Cf. PRADO, L. R. *Tratado*... cit., vol. 1, p. 160 e ss..

As *associações* são pessoas jurídicas que decorrem da união de pessoas que se organizam para fins não econômicos, não havendo entre os sócios direitos e obrigações recíprocos (art. 53, CC). Consistem em reflexo do exercício do direito constitucional de associação, previsto no art. 5.º, XVII e XVIII, o qual está regulamentado pelo disposto nos arts. 44, I, 53 a 61 do Código Civil. *Fundação* é a pessoa jurídica resultante da afetação de um patrimônio para fins culturais ou de assistência, realizada por seu instituidor por meio de escritura pública ou testamento.[87] Seu regime jurídico está delineado nos arts. 62 a 69 do CC. Há de ser mencionado que embora as associações e fundações não persigam fins econômicos, isso não significa que não possam auferir lucro com as atividades que desenvolvem. Pelo contrário, ambas as pessoas jurídicas somente podem cumprir seus objetivos se logram gerar receita líquida com a administração dos bens de seu patrimônio.[88]

A *empresa individual de responsabilidade limitada* (Eireli) foi incluída no Código Civil brasileiro pela Lei 12.441, de 12.07.2011, com entrada em vigor no dia 09.01.2012, tendo em vista o período de *vacatio legis* de 180 dias. Assim, em termos legais, a empresa individual de responsabilidade limitada consiste em uma pessoa jurídica de direito privado (art. 44, VI, CC) constituída por uma única pessoa natural titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não é inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente (art. 948-A, CC).[89]

87. "O instituidor, pessoa física ou jurídica, destaca de seu patrimônio alguns bens e vincula a administração e os frutos desses bens à realização de objetivos que gostaria de ver realizados. Essa vontade do instituidor, de afetar aqueles bens aos fins eleitos, agrega-se indelevelmente à fundação, mesmo após sua morte (se pessoa física) ou dissolução (se pessoa jurídica). Mas o instituidor não é membro da fundação como são os associados em relação à associação ou os sócios em relação à sociedade" (COELHO, F. U., *Curso de direito civil*... cit., p. 193).

88. "Para bem situar a questão, deve-se, na verdade, distinguir entre o lucro como *fim* e como *meio*. Sem lucro, nenhuma atividade é promissora no sistema capitalista. As sociedades, por buscarem fins econômicos, *têm* o lucro como fim, ao passo que as associações e fundações, por buscarem fins não econômicos, *podem ter* o lucro como meio" (COELHO, F. U., *Curso de direito civil*... cit., p. 193). Saliente-se ainda que, de acordo com o autor, do ponto de vista jurídico, as organizações não governamentais devem constituir-se como *associação* ou *fundação*. "Não se admite que uma *sociedade* seja a forma da ONG, tendo em vista a finalidade econômica inerente a essa espécie de pessoa jurídica" (COELHO, F. U., *Curso de direito civil*... cit., p. 196).

89. Sobre a forma de constituição dessa pessoa jurídica, vide Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – IN 117/2011, do Sistema Nacional de Registro do Comércio.

As *sociedades simples*, por sua vez, são pessoas jurídicas de fins econômicos. Significa dizer: o "que aproxima os sócios é unicamente o objetivo de fazerem dinheiro por meio da exploração em conjunto de uma atividade econômica. Nenhuma outra razão influencia o ânimo de manter a sociedade (a *affectio societatis*)".[90] Entretanto, diferente da sociedade empresária, onde a exploração econômica se dá com a articulação dos quatro fatores de produção (capital, mão de obra, insumo e tecnologia), nestas agremiações estão ausentes estes quatro elementos. São sociedades simples, por exemplo, por expressa previsão legal (art. 966, parágrafo único, CC), as sociedades que exercem atividades de natureza intelectual, científica, literária ou artística, ainda que tal exercício se dê com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.[91]

As *organizações religiosas*, após o advento da Lei 10.825/2003, que alterou o Código Civil, passam a ser consideradas pessoas jurídicas distintas das associações e fundações e se destinam à propagação de dogmas religiosos, além da realização de atividades de caráter assistencial. Consistem em pessoas jurídicas de natureza institucional, sendo regidas por seu respectivo estatuto.[92] O fundamento de validade das organizações religiosas repousa no art. 5.°, VI, XVII, XVII e XVIII, bem como, no art. 19, ambos da Constituição Federal e no art. 44 do CC, em cujo § 1.° lhes é assegurada a liberdade de criação, organização, estruturação interna e funcionamento, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos necessários ao seu funcionamento.

Por fim, os *partidos políticos* são pessoas jurídicas de natureza institucional,[93] cujo fundamento legal está previsto nos arts. 14, V, e 17 da Constituição Federal, os quais são regulados pela Lei 9.096/1995. De acordo com os arts. 1.° e 2.° deste último diploma legal, tais agremiações destinam-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal, sendo livre a criação, fusão, incorporação e extinção daqueles cujos programas respeitem a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana.

90. COELHO, F. U., *Curso de direito civil...* cit., p. 192.

91. Idem, p. 192.

92. Idem, p. 182.

93. Idem, p. 182.

3.2.2 Sujeitos ativo e passivo do delito de corrupção privada ativa (art. 167, parágrafo único)

Sujeito ativo do delito de corrupção privada ativa pode ser *qualquer pessoa*, seja ela um particular, o empresário individual, ou ainda, qualquer pessoa que esteja vinculada a uma sociedade empresária ou instituição privada, tais como, sócios, diretores, gerentes, administradores, empregados etc. Trata-se, portanto, de delito comum.

A conduta prevista no parágrafo único do art. 167 pode ser praticada *direta ou indiretamente*. Tal como ocorre no crime de corrupção privada passiva, com essa previsão o legislador fez referência expressa à possibilidade de autoria imediata única, coautoria imediata e autoria/coautoria mediata no delito de corrupção privada ativa. Sobre este tema, remetemos à leitura das considerações acima traçadas.

Sujeito passivo, por sua vez, vem a ser a sociedade empresária ou instituição privada à qual se encontra vinculado o sujeito que se pretenda corromper por meio da vantagem indevida. Dessa forma, tal como se dá na corrupção privada passiva, são sujeitos passivos as sociedades, comuns ou empresárias, as associações, as fundações, a empresa individual de responsabilidade limitada, as sociedades simples, as organizações religiosas e os partidos políticos.

3.3 Estrutura do tipo de injusto

3.3.1 Corrupção privada passiva

A *corrupção privada passiva* está prevista no *caput* do art. 167 do Projeto. O núcleo do tipo se consubstancia pelos verbos reitores *exigir, solicitar, aceitar* ou *receber*. O verbo *exigir* denota a ação de impor como obrigação, reclamar de forma imperiosa, intimar etc. *Solicitar* implica a ação de pedir, de requerer, de rogar, podendo se dar de forma explícita ou mediante comportamento astucioso do agente que deixa transparecer sua proposta venal. Cumpre registrar que o agente pode utilizar qualquer meio para exigir ou solicitar a vantagem indevida, como palavras, atos, gestos insinuantes, escritos etc. *Receber* denota a ideia de tomar o que é oferecido, dado ou mandado; obter a vantagem indevida. *Aceitar* significa receber o que é oferecido. O ato de aceitar expressa a anuência do representante da sociedade empresária ou instituição privada à proposta corruptora de um benefício atual ou futuro ofertado pelo corruptor. Tanto na modalidade receber como na de *aceitar* há uma conduta passiva do representante, em contrapartida à ação de oferecer, prometer, entregar ou pagar praticada pelo corruptor, prevista no parágrafo único do art. 167. Trata-se,

portanto, de delito de ação múltipla ou conteúdo variável uma vez que o tipo se refere a várias modalidades de conduta, permanecendo a inalterada a unidade delitiva ainda que perpetrada mais de uma dessas ações.[94]

Dada a falta de técnica legislativa na construção do tipo penal, a apreensão da conduta penalmente relevante resulta bastante problemática. Entretanto, parece razoável concluir que a conduta típica prevista no *caput* do art. 167, consiste no ato de o representante de sociedade empresária ou instituição privada exigir, solicitar, receber ou aceitar a paga ou a promessa de pagamento de vantagem indevida, direta ou indiretamente, para favorecer a si ou a terceiros, a fim de realizar ou omitir atos inerentes às suas atribuições.

Vantagem indevida é todo benefício ou proveito contrário ao direito. Trata-se de elemento normativo jurídico do tipo que representa toda e qualquer prestação, material ou imaterial, que melhore a situação pessoal ou jurídica do beneficiário, desde que não justificados; ou seja, para a configuração do tipo é essencial que o agente não tenha direito sobre tais benefícios.[95] A expressão deve ser interpretada em sentido amplo, de forma a abarcar tanto os benefícios de natureza econômica ou patrimonial quanto aqueles de natureza não patrimonial, uma vez que o legislador brasileiro quando quer restringir o sentido da expressão "vantagem indevida" aos benefícios de natureza econômica, o faz expressamente, conforme se observa no delito de extorsão, previsto no art. 158 do CP.[96] Dessa forma, a expressão abrange benefícios como dinheiro, bens imóveis, joias, distinções honoríficas, promoção funcional, ou ainda, a satisfação de desejos sexuais ou de vingança etc. Tal qual na extorsão, a percepção da vantagem indevida não precisa ser imediata, podendo concretizar-se no futuro, e se destinar tanto ao agente como também a terceira pessoa.

Agrega-se, por oportuno, que a retribuição pretendida pelo representante da empresa ou instituição privada com o ato realizado, omitido, a realizar-se ou a omitir-se, deve ser vista no aspecto objetivo e subjetivo, já que os benefícios visados ou recebidos pelo agente nem sempre se inserem no âmbito de um pacto de corrupção. Portanto, além da relação objetiva que deve aflorar entre a vantagem que gravita na corrupção e o ato praticado pelo agente, impõe-se a

94. Cf. PRADO, L. R. *Tratado*... cit., vol. 7, p. 139 e ss.

95. Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C., *Derecho penal económico y de empresa* cit., p. 310.

96. "Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa:
Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa."

necessária análise de uma relação subjetiva, no sentido de haver um interesse pessoal do representante em alcançar uma retribuição e a vontade de retribuir por parte do particular, de forma que, ausente tal interesse pessoal, não se configura o delito em epígrafe.

Assim, as homenagens feitas ao representante de empresa ou instituição privada por honorabilidade, manifestadas por estima ou admiração, bem como pequenos presentes recebidos por mera cortesia, como comestíveis, bebidas etc., ofertados desinteressadamente, *v.g.*, nas festividades natalinas ou do Ano Novo, não encontram tipicidade na norma em exame, visto que não há vontade de corromper, nem mesmo a consciência do representante em praticar nenhum ato movido pela venalidade.[97]

O dado essencial do delito de corrupção entre privados não reside exatamente na solicitação ou recebimento de uma vantagem indevida pelo representante da empresa ou instituição privada, mas na infração dos deveres próprios de seu ofício que resultem na lesão ou na exposição a um perigo de lesão do patrimônio social.

Para a configuração delitiva se faz necessário que a vantagem indevida exigida, solicitada, aceita ou recebida esteja relacionada à realização ou omissão de um ato inerente às atribuições do representante da empresa ou instituição. Na forma comissiva o representante pratica um ato atentando contra os deveres inerentes ao exercício do seu cargo, enquanto na modalidade omissiva, o agente deixa de praticar ato sobre o qual gravita o pacto criminoso. A exemplo do que ocorre na corrupção passiva praticada por funcionários públicos, na corrupção passiva entre particulares este ato pode ser lícito ou ilícito. Assim, quando o representante pratica um *ato lícito* visando à obtenção de vantagem indevida, dá-se a *corrupção privada passiva imprópria*, enquanto a prática de um *ato ilícito*, que expressa a violação dos deveres de seu ofício caracteriza a *corrupção privada passiva própria*.

Em regra, a corrupção passiva pode ainda ser classificada em *antecedente* e *subsequente*, dependendo do momento em que se concretiza a vantagem. A corrupção passiva é antecedente quando o pacto é selado com anterioridade à prática, pelo agente, do ato ou omissão objeto do acordo, enquanto a subsequente se clarifica quando o agente recebe a vantagem ilícita, pelo ato ou omissão, sem que tenha havido um prévio ajuste com o *particular beneficiado*. No entanto, tendo em vista a configuração da conduta típica proposta pelo projeto, a corrupção privada passiva não abarca a modalidade de recompensa

97. Assim, PRADO, L. R., *Tratado*...cit., vol. 7, p. 140.

por atos realizados (corrupção privada passiva subsequente), pois a conduta deve ser realizada *a fim de realizar ou omitir ato inerente a suas atribuições*, o que supõe que o ajuste delituoso deva necessariamente ser anterior à prática ou omissão de ato próprio das atribuições do representante, ainda que a vantagem acordada seja entregue depois.

Por fim, exige-se como pressuposto do delito em exame, que o ato cuja realização ou omissão constitui objeto do pacto corrupto seja abarcado pelas atribuições inerentes à função exercida pelo representante da sociedade empresária ou instituição privada. Caso o agente não seja competente para a prática de tal ato, pode responder a título de coautoria, autoria mediata ou participação, quando, de forma efetiva, influenciar no comportamento do sujeito competente, levando-o a omitir ou realizar ato inerente às suas atribuições.

O *tipo subjetivo* da corrupção privada passiva está representado pelo *dolo* consubstanciado na consciência e vontade de exigir, solicitar, receber, aceitar vantagem indevida, atual ou futura para realizar ou omitir atos inerentes às suas atribuições. Em todas as modalidades de conduta típica exige-se o dolo direto, pois o agente deve pretender o acordo corrupto, ou seja, deve reconhecer que a vantagem indevida consiste em contraprestação pela realização ou omissão de um ato inerente às suas atribuições.

Além do dolo, o tipo subjetivo traz um *elemento subjetivo do injusto* manifestado pelo especial fim de agir, contidos nas expressão *para favorecer a si ou a terceiros*. Trata-se de um delito de intenção (tendência interna transcendente),[98] pois o objetivo do suborno é conseguir uma vantagem para si ou para um terceiro, o qual pode ser o beneficiário último.[99]

A terminologia empregada pelo projeto, no entanto, não é tecnicamente correta e gera confusão quanto ao âmbito do favorecimento pretendido, que no caso em análise está vinculado à percepção da vantagem indevida e não ao benefício percebido pelo corruptor que pode resultar da realização ou omissão, pelo representante, do ato inerente às suas atribuições. Dessa forma, teria sido mais técnico e correto que o legislador tivesse utilizado a expressão *para si ou para outrem*, já tradicional no ordenamento jurídico brasileiro.

O delito se consuma com a mera exigência, solicitação, recebimento ou aceitação da promessa ou paga da efetiva vantagem indevida. Trata-se de delito mutilado de dois atos, pois o sujeito ativo realiza a primeira conduta (exigir,

98. PRADO, L. R. *Tratado...* cit., vol. 2, p. 397-398.

99. Cf. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho penal español: parte especial*. 6. ed. rev. actual. Barcelona: Atelier, 2010, p. 627.

solicitar, aceitar ou receber) a fim de levar a termo a segunda (realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições),[100] cuja efetiva realização configurará mero exaurimento do crime. Por tanto, não basta que o representante de empresa ou instituição privada exija, receba ou aceite a paga ou a promessa de pagamento de vantagem indevida. Para que essa conduta seja considerada típica, deve atuar a fim de alcançar um resultado que fica fora do tipo penal, consubstanciado na realização ou omissão de ato inerente às suas funções. Configura mero exaurimento da conduta delitiva o fato de o sujeito ativo realizar ou omitir atos inerentes às suas atribuições em face da motivação propiciada pela vantagem indevida ou promessa de recebê-la. Entretanto, se este segundo ato configurar alguma espécie delitiva prevista no ordenamento jurídico, há possibilidade de se verificar concurso material de delitos.

Quanto à materialidade, consiste a corrupção privada passiva em *delito de perigo abstrato*. A opção legislativa por esta técnica, entretanto, causa alguma estranheza, pois uma incursão no direito comparado com vistas a identificar as características básicas da corrupção privada dentro do modelo patrimonial de incriminação permite concluir que, via de regra, e considerando a natureza individual do bem jurídico tutelado, a corrupção privada passiva consiste em delito de lesão ou, no máximo, delito de perigo concreto. Isso porque, de acordo com os postulados básico desse modelo de incriminação, o desvalor da ação recai sobre a conduta do empregado que resulta na *infração do dever de fidelidade* ou *dos deveres próprios de seu ofício*, em razão da efetiva percepção ou da promessa de um *benefício indevido* (vantagem indevida), *para si ou para outrem*. O desvalor do resultado, por sua vez, corresponderia à lesão ou, no mínimo, à exposição a um perigo concreto de lesão do bem jurídico *patrimônio social*, sendo que, via de regra, esse resultado está previsto como *elemento normativo do tipo penal* (delito de resultado).

3.3.2 Corrupção privada ativa

A conduta típica descrita no parágrafo único do art. 167 do Projeto de Reforma, por sua vez, consiste em uma forma de *corrupção ativa* e se consubstancia no ato de oferecer, prometer, entregar ou pagar, direta ou indiretamente, vantagem indevida ao representante de sociedade empresária ou instituição privada, para determiná-lo a realizar ou omitir ato inerente a suas atribuições. Pune-se, desse modo, o particular que corrompe ou tenta corrom-

100. Cf. PRADO, L. R. *Tratado*... cit., vol. 2, p. 74.

per o representante de empresa ou instituição privada mediante oferecimento, promessa, entrega ou pagamento de vantagem indevida. Nos casos de decisão colegiada, basta que a vantagem indevida seja oferecida para apenas um dos membros para que reste configurado o delito, visto que plenamente realizada a conduta típica.[101]

O núcleo do tipo está expresso pelos verbos *oferecer, prometer, entregar* ou *pagar*. Tal como ocorre com o *caput* do art. 167, trata-se de delito de ação múltipla ou conteúdo variável uma vez que o tipo se refere a várias modalidades de conduta, permanecendo a inalterada a unidade delitiva ainda que perpetrada mais de uma dessas ações. *Oferecer* denota a ação de propor, apresentar, de colocar a disposição. *Prometer*, por sua vez, significa fazer promessas, afirmar previamente que se vai cumprir, dar ou realizar algo, enfim, expressa o ato de obrigar-se a dar, de empenhar o compromisso de que dará ou fará algo em favor de alguém.[102] Tais condutas se distinguem tanto do ato de *entregar*, que tem o sentido de efetivamente dar posse de algo, transferir a propriedade, como do ato de *pagar*, que consiste em remunerar, recompensar o representante de sociedade empresária ou instituição privada com uma vantagem indevida. [103] Cumpre registrar que o agente pode utilizar qualquer meio para corromper o representante de sociedade empresária ou instituição privada, como palavras, atos, gestos insinuantes, escritos etc.

O elemento normativo do tipo *vantagem indevida* constitui todo benefício ou proveito contrário ao Direito. Tal como ocorre na corrupção privada passiva, a vantagem pode ser de qualquer natureza, seja ela patrimonial ou não. Frise-se que pequenos mimos oferecidos ao representante da empresa ou instituição privada sem o ânimo de corrompê-lo não se amoldam ao tipo de injusto em análise. As homenagens feitas a representante por honorabilidade, manifestadas por estima ou admiração, bem como pequenos presentes recebidos por mera cortesia, como comestíveis, bebidas etc. ofertados desinteressadamente, v.g., nas festividades natalinas ou do Ano Novo, não encontram tipicidade na norma em exame, visto que não há vontade de corromper, nem mesmo há consciência do representante no sentido de realizar ou omitir ato relativo a suas atribuições, movido pela venalidade.

---

101. BAÑERES SANTOS, F., op. cit., p. 249.

102. Cf. OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 71.

103. De se registrar aqui que o legislador deveria prever, entre as condutas que configuram a corrupção privada ativa, a simples *aceitação* da solicitude do representante de sociedade empresária ou instituição privada pelo autor.

O *tipo subjetivo* está representado pelo dolo, consubstanciado na consciência e vontade de *oferecer, prometer, entregar* ou *pagar* vantagem indevida a representante de sociedade empresária ou instituição, acrescido do *elemento subjetivo do injusto*, manifestado pelo especial fim de agir, que, *in casu*, é o escopo de levar o representante da empresa ou instituição a realizar ou omitir ato inerente a suas atribuições (delito de tendência interna transcendente).

O delito se consuma com o mero oferecimento, promessa, entrega ou paga de vantagem indevida ao representante da sociedade empresária ou instituição privada.

Trata-se de delito de resultado cortado, pois o sujeito ativo realiza a conduta (oferecer, prometer, entregar ou pagar) visando a produção de um resultado que fica fora do tipo e que não depende de sua posterior intervenção (que o representante da sociedade empresária ou instituição privada realize ou omita ato inerente às suas atribuições).[104] Entretanto, se este segundo ato configurar alguma espécie delitiva prevista no ordenamento jurídico, haverá a possibilidade de o sujeito ativo responder pelo delito na qualidade de participe (*indução* ou *instigação*).

Por fim, tal como ocorre na corrupção privada passiva, quanto à materialidade, a corrupção privada passiva consiste em delito de perigo abstrato.

3.4 Sanção penal

A pena prevista para ambos os delitos é de pena privativa de liberdade de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

4. CONCLUSÕES PRINCIPAIS

O objetivo do trabalho é contribuir ao debate sobre a criminalização da corrupção privada no ordenamento jurídico brasileiro, oferecendo para tanto uma visão do direito comparado.

Aborda-se o conceito de corrupção, que vem definida como *a ação ou omissão empreendida por um decisor no exercício de suas atribuições que implica na violação de algum dever previsto no sistema normativo relevante ao qual aquele se encontra vinculado, com vistas à obtenção de benefícios extraposicionais para si ou para terceiros.*

104. Cf. PRADO, L. R. *Tratado*... cit., vol. 2, p. 74.

Como mencionado, trata-se de um conceito amplo cuja pretensão é abarcar comportamentos praticados tanto na esfera pública como na privada. Dessa forma, a legitimidade da intervenção penal, depende que o legislador selecione aqueles comportamentos que supõem ataques intoleráveis a interesses previamente considerados imprescindíveis à convivência social e em relação aos quais os demais setores do sistema normativo não podem oferecer uma resposta mais eficaz e menos gravosas.

Atualmente, as condutas associadas ao fenômeno corrupção, sobre as quais incidem juízos desvalorativos penais, são classificadas levando-se em consideração a qualidade do sujeito ativo e o sistema normativo relevante ao qual se encontra vinculado. Considerando tais critérios, sustenta-se que o vocábulo *corrupção* faz referência a gênero que abriga duas espécies: a *corrupção pública* e a *corrupção privada.*

Posteriormente, ao longo do texto, esclarece-se que existe um amplo consenso de criminalização desses comportamentos na legislação comparada. Sistemas jurídicos de países europeus como Alemanha, Inglaterra, Áustria, França, Holanda, Suíça, Bélgica e, mais recentemente, Espanha, Portugal, Polônia e Itália preveem o delito de corrupção privada no Código Penal ou em outros de diplomas legais, sendo possível encontrar pelo menos quatro modelos de incriminação dessa conduta: o laboral; o omnicompreensivo, o patrimonial e o de proteção da livre concorrência.

Por fim, após a abordagem de alguns dos postulados básicos dos referidos modelos, procede-se à análise dogmática do art. 167 do Projeto de Reforma do Código Penal brasileiro, (Projeto de Lei do Senado – PSL – n. 236, 2012), chamado "Projeto Sarney", cujo escopo é criminalizar a figura da *corrupção de particulares.*

As críticas veiculadas à inditosa legislação projetada dizem respeito, em suma, à escolha do bem jurídico tutelado, à delimitação dos sujeitos ativos e passivos da corrupção privada passiva e ativa, bem como à técnica empregada pelo legislador na construção do tipo de injusto de corrupção privada.

5. BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ, Silvina. Reflexiones sobre la calificación moral del soborno. In: J. LAPORTA. Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (eds.). *La corrupción política.* Madrid: Alianza Editorial, 1997.

ACQUAROLI, R.; FOFFANI, L. *La corruzione tra privati.* Milano: Giuffrè, 2003.

ARGADOÑA, Antonio. Private-to-private corruption. *Working paper* (WP). n. 531. Iese Business School. Universidad de Navarra, December, 2003.

BACIGALUPO, Silvina; BAJO, Miguel. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001.

BAÑERES SANTOS, Francisco. Corrupción entre privados (art. 286 bis, 287 y 288). In: QUINTERO OLIVARES (dir.). *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

BLANCO CORDERO, Isidoro. La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas. *La Ley*. n. 7.534. p. 23-27. 2010.

_____; DEL A CUESTA ARZAMENDI, J. L. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español? In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro en homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.

BUSTOS GISBERT, Rafael. Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional. *Uned. Teoría y realidad constitucional*. n. 25. p. 69-109. 1.º semestre, 2010.

CARUSO FONTÁN, María Viviana. El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado. *Foro. Nueva época*. n. 9, p. 145-172, 2009.

CEREZO MIR, José. *Curso de direito penal español: parte general*. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. t. II.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saravia, 2012. vol. I.

COLLAO. Delimitación del concepto penal de corrupción. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXV. p. 339-359. 2004.

CRESPO, Demetrio. Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la administración pública. Pensamiento penal y criminológico. *Revista de Derecho Penal Integrado*. n. 07. ano IV. p. 103-126. 2003.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. ¿Qué intereses lesionan las conductas de corrupción? *Eguzkilore*. n. 23. p. 245-259. 2009.

DEMETRIO CRESOPO, Eduardo. Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la administración pública. Pensamiento penal y criminológico. *Revista de Derecho Penal integrado*, ano IV, n. 07, p. 103-126, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español: parte general. En esquemas*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1988. vol. 1.

DUPUIS, Maria Benedetta. *La corruzione*. Milano: Cedam, 1995.

ESER, Albin; ÜBERHOFEN, Michael; HUBER, Barbara. *Korruptionsbekämpfung durch Strafrech: ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz*. Freiburg im Breisgau: Edition Iuscrim, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeo. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Rene Ariel (orgs.). *Doutrinas essenciais – direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. IV.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Calamidades*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

_____. Acerca del concepto de corrupción. In: J. LAPORTA. Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio D. M. Sobre la corrupción particular en convenios internacionales y derecho comparado. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Rene Ariel (orgs.). *Doutrinas essenciais – direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. IV.

_____; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 81, p. 07-35. São Paulo: Ed. RT, 2009.

HEIDENHEIMER, Arnold J. Perspectives on the perceptions of corruption. In: _____; JOHNSTON, Michael. *Political Corruption: concepts and contexts*. Transaction Publishers, New Brunswick, 2009.

JIMÉNEZ DE PADUA, Manuel. La corrupción en la democracia. In: J. LAPORTA. Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

MALEM SEÑA, Jorge F. El fenómeno de la corrupción. In: J. LAPORTA. Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

_____. *Derecho penal económico y de empresa. Parte especial*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MASSAGUER FUENTES, José; FOLGUERA CRESPO, Jaime; GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso; SALA ARQUER, José Manuel (dirs.). *Comentario a la ley de defensa de la competencia*. 2. ed. Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2010.

NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes V. *Corrupción entre particulares y tutela del mercado*. Barcelona, InDret, n. 4, 2011.

NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción en el sector privado: reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado. *Revista Penal*. n. 10. p. 55-69. 2002.

OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

OTERO GONZÁLEZ, Pilar. Corrupción entre particulares (Delito de). Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad*. n. 3. p. 174-183. set. 2012/fev. 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2014. vol. 1, 2 e 7.

_____. *Direito penal econômico*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

QUELOZ, Nicolas; BORGHI, Marco; CESONI, Maria Luisa. *Processus de corruption en Suisse*. Bâle, Gèneve, Munich: Helbing & Lichtenhahn, 2000.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho penal español: parte especial*. 6. ed. rev. actual. Barcelona: Atelier, 2010.

_____. La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales. *Cuadernos de derecho judicial* (Ejemplar dedicado a: Derecho penal económico). n. 2. p. 39-86. 2003.

REALE JUNIOR, Miguel. *Problemas econômicos concretos*. São Paulo: Malheiros, 1997.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. I.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Delimitación del concepto penal de corrupción. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXV. p. 339-359. 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. de la 2. ed. alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. 11. ed. São Paulo: Best Seller, 2002.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Curso de derecho penal: parte especial*. Madrid: Dikinson, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; ROBLES PLATA, Ricardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El delito de corrupción entre particulares (art. 286 BIS). In: SILVA SÁNCHEZ; Jesús-María (dir.); PASTOR MUÑOZ, Nuria (coord.). *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*. Las Rozas, Madrid: La Ley, 2012.

VENTURA PÜSCHEL, Arturo. Corrupción entre particulares. In: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Comentarios a la reforma de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La corrupción política*. Madrid: Editorial Síntesis, 2006.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Bribery act 2010: um novo paradigma no enfrentamento da corrupção, de André Mauro Lacerda Azevedo – *RBCCrim* 113/411-439 (DTR\2015\3606);
- Corrupção: questões éticas e jurídicas, de Alexandre Manoel Gonçalves e Priscila de Castro Busnello – *RT* 947/425 (DTR\2014\9963); e
- O combate à corrupção no mundo: a experiência inglesa, de Rossana Brum Leques – *RT* 947/385 (DTR\2014\9961).

Liberdade da vontade, Neurociência e Culpabilidade

Freedom of will, Neuroscience and Culpability

Maria Luiza Gorga

Mestranda em Direito Penal pela USP. Associada ao IBCCrim. Membro do IDDD. Advogada criminal.

Guilherme Lobo Marchioni

Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público. Associado ao IBCCrim. Membro do IDDD. Advogado criminal.

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente trabalho busca introduzir a problemática das novas descobertas da neurociência e suas implicações no estudo da culpabilidade. Na superposição entre os conceitos normativos e biológicos, verifica-se uma dicotomia entre os campos de estudo no que se refere à compreensão da liberdade da vontade humana, decorrendo, por conseguinte, uma discussão acerca das consequências destas visões na compreensão da construção da culpabilidade, e o impacto que as descobertas da neurociência podem gerar na reprovabilidade do autor de condutas tipificadas pelo Direito Penal. Neste estudo, verifica-se se é possível a conciliação entre as áreas do conhecimento, na perspectiva de possibilitar a realização do Direito Penal a partir de uma verdadeira individualização da pena que coteje autodeterminação e responsabilidade.

Palavras-chave: Neurociência – Direito penal – Culpabilidade – Liberdade – Vontade.

Abstract: This study aims to introduce the issue of new neuroscience findings and their implications for the study of culpability. In the overlap between normative and biological concepts, there is a dichotomy between the fields in relation to the understanding of freedom of will, bringing forth, therefore, a discussion about the consequences of these visions in the understanding and construction of guiltiness, and the impact of neuroscientific findings may generate in the culpability of the author of behaviors typified by the Law. This study aims to answer if it is possible to reconcile the two fields of knowledge with a view that enables the realization of criminal law, with a true individualization of punishment that weighs self-determination and responsibility.

Keywords: Neuroscience – Criminal law – Guilt – Freedom – Will.

Sumário: 1. Introdução: Liberdade e culpabilidade: 1.1 Liberdade de vontade e livre-arbítrio: conceitos; 1.2 A noção atual de culpabilidade no Direito Penal – 2. Neurociência e Direito: 2.1 Avanços tecnológicos: identificação de problemas neurológicos; 2.2 O impacto da neuro-

Gorga, Maria Luiza; Marchioni, Guilherme Lobo. Liberdade da vontade, Neurociência e Culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 99-129. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

ciência no Direito: questionamentos sobre culpabilidade; 2.3 Casos práticos: análise de comportamentos à luz de conhecimentos da neurociência; 2.4 A posição de David Eagleman: por que a questão não é a imputabilidade?; 2.5 Dúvida: haveria uma divisão entre o criminoso "comum" e o "deficiente neurológico"? – 3. O Direito Penal confrontado com a neurociência e propostas para o futuro: 3.1 Posicionamentos da doutrina: A reação de Hassemer, o entendimento de Roxin e a concepção de Jakobs; 3.2 Propostas para uma conciliação: a verdadeira individualização da pena e a valorização da ressocialização – 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO: LIBERDADE E CULPABILIDADE

1.1 Liberdade de vontade e livre-arbítrio: conceitos

O que costumamos chamar de livre-arbítrio é, em termos simplórios, a capacidade que o homem tem de tomar decisões por conta própria. O livre-arbítrio é composto da noção de que as escolhas que um indivíduo faz na vida são por ele decididas e seu comportamento é comandado de forma consciente.

O conceito de livre-arbítrio é identificado, em uma dimensão filosófica e religiosa, enquanto capacidade de escolha pela vontade humana entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, conscientemente conhecidos. Nesse sentido, é uma crença religiosa ou uma proposta filosófica que defende que a pessoa tem o poder de decidir suas ações e pensamentos segundo seu próprio desejo e crença.

Em oposição ao livre-arbítrio, importa citar a teoria filosófica do determinismo, que entende que todo o acontecimento, inclusive mental, é explicado pela determinação, ou seja, por relações de causalidade.

O Determinismo é doutrina que afirma que todos os acontecimentos, inclusive vontades e escolhas humanas, são causados de forma necessária e suficiente por acontecimentos anteriores, ou seja, o homem é destituído da liberdade de decidir e de influir nos fenômenos em que toma parte. Rejeita, portanto, a ideia de que os homens têm algum livre-arbítrio, admitindo uma noção de liberdade como ausência de determinação causal.[1]

Santo Agostinho tem na análise do livre-arbítrio uma de seus principais pontos de estudo. O teólogo busca revelar uma causa para o mal, após concluir que a origem do mal está vinculada à liberdade da vontade humana.[2] A tese agostiniana do livre-arbítrio consiste basicamente na existência dos conceitos de liberdade e vontade livre, sendo assim, o autor identifica a responsabilidade

1. FRANÇA S. J., Leonel. *Liberdade e determinismo – a orientação da vida humana*. Rio de Janeiro: Agir, 1954. p. 57-58.

2. AGOSTINHO, Santo. *O livre arbítrio*. São Paulo: Paulus, 1995.

com a vontade livre da qual o homem é dotado, conforme se depreende do trecho de sua obra transcrito a seguir:[3]

"Ninguém é responsável pelo que não recebeu. Contudo, é culpado, com justiça, se não fizer o que devia. Ora, é dever fazê-lo quem recebeu uma vontade livre e uma capacidade suficientemente grande para isso."

O livre-arbítrio como fundamento da culpabilidade tem sido o grande vilão na construção moderna deste conceito, da concepção de culpabilidade e, por isso mesmo, é o grande responsável pela sua atual crise, retratada neste estudo.

Segundo Welzel, ao descrever a liberdade da vontade somente aquilo que depende da vontade do homem lhe pode ser reprovado. Assim, a reprovação da culpabilidade pressupõe que o autor teve a oportunidade de adequar sua resolução de vontade ao Direito, e não o fez. Welzel afirma que isto não deve ser tomado "em sentido abstrato de que algum homem em lugar do autor [faria outra coisa], mas em sentido concreto de que este homem, nesta situação, poderia adotar sua resolução de vontade de acordo com a norma".[4]

Se o conhecimento pode ser possível ao sujeito cognoscente, Welzel considerava que este:[5]

"(...) não pode ser unicamente objeto do jogo de seus impulsos, mas deve ter a capacidade de compreender o impulso do conhecimento como tarefa plena de sentido, que deve ser afirmada frente aos impulsos contrários, isto é, assumir a responsabilidade pelo ato de conhecimento."

Concluindo este escorço sobre o pensamento de Welzel, este afirmava que:[6]

"O Direito Penal não parte da tese indeterminista de que a decisão de cometer o delito proceda inteiramente, ou parcialmente, de uma vontade livre e não do concurso da disposição do mundo circundante. Parte do conhecimento antropológico de que o homem, como ser determinado à responsabilidade, está existencialmente em condições de dirigir-se finalmente a dependência causal dos impulsos. A culpabilidade não é um ato de livre autodeterminação, mas precisamente a falta de uma decisão conforme ao sentido de um sujeito responsável."

Os argumentos de Welzel, entretanto, foram amplamente criticados na medida em que a liberdade da vontade, enquanto capacidade de poder atuar

3. Idem. p. 202.

4. WELZEL, el nuevo sistema, cit., p. 85 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 394.

5. Idem. p. 396.

6. Idem. ibidem.

conforme ao sentido, não pode ser aferida no processo de atribuição de responsabilidade penal, mas, de acordo com o entendimento dominante, deve ser compreendida como uma condição transcendental ou metafísica das relações intersubjetivas, isto é, no contexto das relações humanas.

1.2 A noção atual de culpabilidade no Direito Penal

Não será feita uma análise de todo o desenvolvimento histórico do conceito de culpabilidade no Direito Penal, posto não ser este o escopo deste trabalho. Assim, partiremos da situação como ela se encontra na atualidade.

Cabe, em um primeiro momento, consignar que aqui não se discorrerá a respeito do "princípio da culpabilidade", o que engloba tanto a culpa no tipo penal (a necessidade de que a conduta, para ser típica, seja ao menos culposa), quanto a culpabilidade propriamente dita – nos ateremos a esta última.[7]

No Brasil, o Direito Penal moderno adota a visão de um moderado direito penal do fato. Do fato, pois as normas tipificam estes (as condutas humanas, por exemplo "matar alguém", é o quanto expresso no brocardo *nullum cirimen sine* culpa), e moderado, pois também não desprezam totalmente o autor (vide a determinação de valoração da personalidade e antecedentes,[8] por exemplo).[9]

Pune-se o agente apenas pelo quanto por si causado e pelo quanto lhe possa ser censurado – considerando-se, aí, a capacidade de entendimento e determinação do sujeito. O que se pune, portanto, é o dano ou o perigo censuravelmente provocado[10], o que se coaduna a uma noção de que o sujeito em sociedade, quando incorre em um delito, quebrou sua obrigação de agir de outro modo.

Trabalha-se, portanto, com um conceito normativo de culpabilidade, devendo o agente ter consciência da ilicitude do fato. A esse respeito, Francisco de Assis Toledo leciona:[11]

---

7. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 522.
8. Vide o art. 59 do Código Penal: "O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".
9. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 251.
10. Idem. p. 255.
11. Idem. p. 257.

"(...) não se pode emitir um juízo de reprovação em relação ao agente que, ao cometer o fato, não sabia nem tinha a possibilidade de saber o exato significado daquilo que fez".

A respeito do conceito geral da culpabilidade, Zaffaroni e Pierangeli explicam que esta é a reprovabilidade do injusto ao autor, ou seja, a conduta – típica e antijurídica – é culpável quando "é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse",[12] é, assim, a mencionada noção do se abster de agir contrariamente ao Direito.

Ocorre que tal conceito normativo de culpabilidade funda-se, necessariamente, na crença de que o indivíduo é possuidor de livre-arbítrio e de capacidade de autodeterminação, sendo estes os pressupostos sobre os quais o sujeito será valorado em sua culpa. Com isso, evidencia-se o conflito que será analisado neste trabalho: como conciliar um Direito Penal que se baseia neste conceito normativo da culpabilidade com as novas descobertas e caminhos da neurociência?

Zaffaroni e Pierangeli afirmam, de forma que parece excluir a possibilidade de conciliação:[13]

"A culpabilidade somente pode ser edificada sobre a base antropológica da autodeterminação como capacidade do homem. Quando se suprime esta base, desaparece a culpabilidade, seja com a sua substituição pela periculosidade (...) seja porque é reduzida a uma relação psicológica, que não é culpabilidade, e, sim, o aspecto interno do injusto. Em qualquer dos casos, a culpabilidade como tal desaparece."

Será realmente impossível proceder a uma conciliação sem que se descaracterize o conceito de culpabilidade existente em nosso ordenamento? É o que analisaremos a seguir.

2. NEUROCIÊNCIA E DIREITO

2.1 Avanços tecnológicos: identificação de problemas neurológicos

A neurociência – aqui entendida de forma geral como o estudo científico do cérebro e do sistema nervoso central, tanto de forma biológica como química, psicológica etc. – vem evoluindo ao longo dos séculos, tendo dado um grande

12. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 601.

13. Idem. p. 607.

salto dos anos 1990 até o presente, sobretudo na denominada "década do cérebro", que ocupou os anos 1990-1999.[14]

Uma questão que sempre fascinou o ser humano, desde tempos imemoriais, foi a discussão a respeito do livre-arbítrio, tendo sido Cesare Lombroso o primeiro a falar da "morte do livre-arbítrio" em sua obra *L'uomo delinquente* (1876).[15] Tal constatação deu origem a correntes e hipóteses diversas, também abrindo caminho para tentativas de manipulação desta suposta liberdade.

Nestas tentativas se sobressaiu Egas Moniz, o qual recebeu o prêmio Nobel de medicina em 1949 pela invenção do método da leucotomia pré-frontal, enquanto, concomitantemente, Walter Freeman e James Winston Watts desenvolveram o método da lobotomia, sendo ambos procedimentos que diminuíam os comportamentos agressivos dos pacientes, chegando mesmo a minar a vontade destes.[16]

Nas décadas de 1960 e 1970, surgiram a tomografia computadorizada e a ressonância magnética,[17] o que permitiu uma nova forma de análise neurológica, levando a novas hipóteses e estudos a respeito da consciência humana.

Com esta perspectiva, em 1962, Thomas Khun afirma em sua obra "A estrutura das revoluções científicas"[18] haver uma crise do paradigma da neurociência. Com o acúmulo de conhecimento, o modelo passa a não ser suficiente para explicar as dúvidas que surgem (denominadas por ele de anomalias), e este acúmulo de anomalias gera a crise do paradigma, a qual ainda vivemos.

De forma mais recente, a biologia molecular tem ajudado a construir uma das frentes em que a neurociência claramente evoluirá nas próximas décadas

14. Tal denominação se deveu a uma proclamação do então presidente dos Estados Unidos, George Bush, a qual conclamava um esforço conjunto para que se estudasse o cérebro humano de forma mais detalhada. Disponível em: [www.loc.gov/loc/brain/proclaim.html]. Acesso em: 28.08.2014.

15. LOMBROSO, Br Dr. L'Uomo delinquente (criminal man). *The Journal of Nervous and Mental Disease*. vol. 13. n. 4-5. p. 274-276. 1886.

16. MASIERO, André Luis. A lobotomia e a leucotomia nos manicômios brasileiros. *Hist. cienc. saude-Manguinhos* [online]. vol. 10. n. 2. p. 549-572. 2003. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/hcsm/v10n2/17750.pdf]. Acesso em: 02.09.2014. p. 550.

17. AMARO JUNIOR, Edson; YAMASHITA, Helio. Aspectos básicos de tomografia computadorizada e ressonância magnética. *Rev. Bras. Psiquiatr.* vol. 23. supl. 1. p. 2-3. São Paulo, maio 2001. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462001000500002&lng=en&nrm=isso]. Acesso em: 02.09.2014. p. 2.

18. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975.

pelo esclarecimento, cada dia mais amplo, da estrutura molecular do cérebro.[19] Também as células-tronco prometem constituir-se em um grande aliado na luta contra as neuropatologias, sendo um exemplo claro dessa possibilidade a modificação genética de células-tronco para produzir agentes que podem corrigir a redução da resposta imune em gliomas, uma das mais letais formas de tumores que podem afetar o cérebro[20] – e que, como se verá, a depender de seu tamanho e localização, podem alterar o comportamento do indivíduo.

O grande desafio encontrado é explicar, a partir das detalhadíssimas imagens que podem ser obtidas por meio de exames como ressonâncias magnéticas, os mecanismos fisiológicos que dão origem à percepção, à memória, à atenção, e que são ingredientes ou facetas daquilo a que chamamos consciência.[21]

Como bem colocado por Cancio Meliá,[22] a tecnologia atual abre as portas, pela primeira vez, a uma aproximação direta do funcionamento cerebral daqueles que possuem determinadas anomalias – por exemplo, as psicopatias – de forma que seja possível identificar diferenças anatômicas e funcionais no cérebro destes.

Importante ressaltar, neste ponto, que não se defende uma aproximação lombrosiana a respeito desta identificação de eventuais características anatômicas comuns a portadores de determinadas doenças. Tais conhecimentos não devem ser jamais utilizados para uma categorização de indivíduos, e tampouco como uma análise de periculosidade, mas apenas de forma a guiar tratamentos

19. Como exemplo, existem pesquisas que ligam a existência de uma variante do gene MAO-A (responsável pela produção de uma enzima, denominada monoamina oxidase A, a qual atua em neurotransmissores) a comportamentos antissociais. A alteração na sequência de DNA deste gene leva a uma atividade aparentemente mais baixa da enzima, o que levou tal gene a ser batizado de "gene guerreiro". Claramente não se trata de uma posição determinista, devendo haver, além da mutação do gene, uma combinação de fatores sociais, familiares etc., para que se possa falar em maior probabilidade do indivíduo incorrer na criminalidade. Cf. LOPES, Reinaldo José. *Os 11 maiores mistérios do universo – as questões mais profundas da humanidade, com as respostas mais surpreendentes*. São Paulo: Abril, 2014. p. 183-184.

20. BRITTO, Luiz Roberto G.; BALDO, Marcus Vinícius C. Pensando o futuro da neurociência. *Revista USP* n. 75. p. 32-41. nov. 2007. Disponível em: [www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13618/15436]. Acesso em: 25.08.2014. p. 36.

21. Idem. p. 40.

22. MELIÁ, Manuel Cancio. Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias. In: MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.). CRESPO, Eduardo Demetrio (dir.). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la periculosidad*. Montevideo: B. de F., 2013. p. 529-545. p. 534.

– seja de forma posterior a eventuais fatos ilícitos, seja de maneira a proporcionar melhor qualidade de vida aos sujeitos afligidos pela condição.

Também Bernardo Feijoo Sanchez se manifesta a respeito do avanço do conhecimento neurocientífico:[23]

"El ejemplo que se suele sacar a colación por parte de autores como Roth o Singer es aquél en el que existen mayores avances en cuanto a conocimiento en los últimos años: ciertos grupos de delincuentes violentos impulsivos reincidentes en los que se encuentran anomalías o alteraciones estructurales o funcionales similares. (...) También se ha adquirido un mejor conocimiento en los últimos tiempos de cómo junto a estos aspectos vinculados al funcionamiento del cérebro o aspectos neuroquímicos vinculados a sustancias como la serotonina o la dopamina interaccionan otros factores como el sexo (los hombres canalizan mucho más su violencia de forma directa contra otros) y la edad, la educación o el ambiente familiar y social o las experiencias psico-sociales en general."

Com a revolução tecnológica experimentada nos últimos anos, as neurociências passam a ter subsídios para explicar a causa de diversos comportamentos, a própria mente passa a ter causa, o que levanta diversas questões a respeito da imputabilidade e livre-arbítrio. Contudo, acreditamos que o simples fato de uma ação do indivíduo ter causa – entendida como razão ou motivo, uma causação biológica/neurológica da ação – não significa que o comportamento é desculpável, é preciso desvincular esta intuição ética e moral desta questão, conforme se verá adiante.

2.2 O impacto da neurociência no Direito: questionamentos sobre culpabilidade

Atualmente, tendo em vista as posições advindas do debate a respeito da existência do livre-arbítrio e das eventuais consequências disto para o Direito

23. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa? *InDret*. n. 2. 2011. Disponível em: [www.raco.cat/index.php/indret/article/view/241338]. Acesso em: 26.08.2014. p. 7. N. A. (trad. livre): "O exemplo que costumam trazer autores como Roth e Singer é aquele no qual existem maiores avanços do conhecimento nos últimos anos: em certos grupos de delinquentes violentos, impulsivos e reincidentes, se encontram anomalias ou alterações estruturais ou funcionais similares. (...) Também há um maior conhecimento nos últimos tempos de como, junto a estes aspectos que estão vinculados ao funcionamento do cérebro ou a aspectos neuroquímicos de substâncias como a serotonina e a dopamina, interagem outros fatores como o sexo (os homens canalizam com mais frequência sua violência de forma direta contra terceiros) e a idade, a educação ou o ambiente familiar e social, ou as experiências psicossociais em geral".

Penal, encontramos, em linhas gerais, duas posições sobre o que fundamenta a culpabilidade: de um lado, a teoria anglo-saxã (*commom law*) de que a culpabilidade se fundamenta a partir do sentimento de livre-arbítrio experimentado pelos indivíduos; de outro lado, a teoria adotada pelo Direito alemão (do qual os juristas brasileiros tomam larga inspiração) de que a culpabilidade é uma construção social e deve ser entendida nestes limites.[24]

Sendo nosso sistema baseado na *civil law*, adotamos também o posicionamento encontrado na doutrina alemã. Desta forma, é possível argumentar que a culpabilidade poderia encontrar-se de certa forma imune às dúvidas colocadas pela neurociência, sendo de pouca importância a definição de se a liberdade humana existe empiricamente e de fato.

Isto porque, estando a culpabilidade dotada de um conceito funcional, esta é uma instituição social determinada de acordo com as necessidades da prevenção geral positiva, sendo portanto irrelevante saber se todos os indivíduos estão ou não pré-determinados em seus comportamentos, posto que estes – independentemente de seus processos neuronais ou outros fatores – não têm o condão de alterar as necessidades de controle social que a teoria da culpabilidade visa suprir.[25]

Como bem colocado por Cancio Meliá:[26]

"Ello es así incluso en aquel elemento de la estructura de la culpabilidad, la imputabilidad, que mayor conexión con determinadas bases psico-biológicas parece mantener en nuestro actual sistema: el paradigma que está en la base del concepto de culpabilidad –la idea de poder actuar de otro modo, entendida en muchas ocasiones de un modo fáctico-real– y su reflejo en el modo más extendido de concebir la imputabilidad, como una realidad ante todo fáctico-biológica, no explican de modo adecuado la praxis real en este campo. Por el contrario, existen numerosos filtros normativos que se superponen a la rea-

24. Idem. p. 24.

25. MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit. p. 531.

26. Idem. p. 539. N. A. (trad. livre): "Isto é assim, inclusive no elemento da estrutura da culpa, da imputabilidade, que uma maior conexão com certa base psicobiológica parece manter em nosso sistema atual: o paradigma subjacente ao conceito de culpa – a ideia de ser capaz de agir de outro modo, muitas vezes entendida de uma forma real e factual – e seu reflexo na forma mais ampla de conceber a imputabilidade, principalmente como uma realidade fático biológica, não explica adequadamente a prática neste campo. Pelo contrário, há inúmeros filtros normativos que se sobrepõem à realidade fática individual que se coloca como base das eximentes e atenuantes neste campo".

GORGA, Maria Luiza; MARCHIONI, Guilherme Lobo. Liberdade da vontade, Neurociência e Culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 99-129. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

lidad individual-fáctica que se pretende que está en la base de las eximentes o atenuantes en este campo."

Desta forma, a superposição entre os conceitos normativos e biológicos demonstra a necessidade de que se crie uma definição mais clara de culpabilidade, levando-se em conta as reais condições sociais que regem o sistema de imputação penal. Ou, colocando de outra forma, as dúvidas levantadas com os novos aportes da neurociência demonstram que é necessária a formação de um conceito verdadeiramente funcional de culpabilidade.[27]

Ainda, além da verificação da necessidade de reforma do conceito de culpabilidade, surge uma nova questão, que pode até ser vista como um temor: é possível que os avanços nos conhecimentos neurocientíficos possam vir a ser utilizados de tal forma que determinados indivíduos venham a ser absolvidos por condutas que, alguns anos atrás, teriam resultado em sua condenação? Acreditamos que a possibilidade existe.

Deve-se, por isso, resistir a uma mudança na estrutura da definição da culpabilidade? Acreditamos que não, primeiramente porque não se deve resistir a avanços por mero receio de que se descubram equívocos e, em segundo lugar, porque resta claro – pelo próprio fundamento normativo da culpabilidade[28] – que em realidade a sociedade não castiga o indivíduo porque este não pode atuar de outra forma, mas porque a própria sociedade não poderia deixar de fazê-lo.[29]

A este respeito, Feijoo Sanchez observa:[30]

"La posibilidad hipotética de una actuación conforme a Derecho nunca ha sido la razón por la que el Estado ha impuesto penas por la comisión de delitos, por lo que dicha referencia ha venido camuflando el auténtico fundamento normativo de la culpabilidad jurídico-penal. Nunca se ha declarado culpable a

27. Idem. p. 541.

28. A qual, não nos esqueçamos, é, apesar de todos os discursos a respeito, uma criação social, uma ferramenta conceitual utilizada pelos juristas de forma a possibilitar e justificar a ingerência penal sobre o indivíduo, devendo por isso partir do pressuposto de que todos possuem liberdade de vontade. Neste sentido, também: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit. p. 13.

29. Idem. p. 6.

30. Idem. p. 7. N. A. (trad. livre): "A possibilidade hipotética de uma atuação conforme ao Direito nunca foi a razão pela qual o Estado impôs penas pelo cometimento de delitos, porém este referencial vem camuflando o verdadeiro fundamento normativo da culpabilidade jurídico-penal. Nunca se declarou ninguém culpável por que poderia atuar de outra maneira ou de maneira conforme ao Direito na situação concreta".

nadie por haber podido actuar otra manera o de manera conforme a Derecho en la situación concreta."

E prossegue o mesmo autor:[31]

"La culpabilidad no tiene que ver con la libertad en sentido metafísico, trascendente o naturalístico sino con el proceso histórico de reconocimiento social y normativo de la libertad de actuación, que conlleva necesariamente la correspondiente responsabilidad por las consecuencias de dicha libertad. La autonomía de la persona que sirve de base a un Derecho Penal basado en la culpabilidad por el hecho no es una capacidad pre-social o pre-jurídica de todo sujeto racional, sino un principio organizativo de un sistema de libertades configurado como Estado de Derecho."

Não é necessário, portanto, abandonar a função de prevenção geral positiva da pena baseada na culpabilidade. O que se pode fazer – e, a nosso ver, é adequado – é a adoção conjunta da imputação baseada na culpabilidade com alternativas terapêuticas, ou seja, a utilização dos avanços científicos para dar real efetividade à prevenção especial.[32]

Assim, enquanto a imposição da pena justifica-se por sua função preventiva geral, a execução desta pena imposta pode servir de forma mais eficaz e adequada à prevenção especial, dando-se assim à intervenção penal um caráter de manutenção construtiva da vigência da ordem jurídica – sem a qual é impossível o bom funcionamento da sociedade – e não um caráter meramente retributivo, o qual deve ser repudiado em qualquer Estado que se pretenda como um Estado Democrático de Direito.

Como solução à fundamentação da culpabilidade, Francisco de Assis Toledo defende a adoção do conceito de culpabilidade do fato – este a verdadeira base que dará os concretos e definitivos limites para a atuação estatal, utilizando-se do instrumental penal, sobre o indivíduo.[33] A esse respeito, afirma o autor:[34]

31. Idem. p. 44. N. A. (trad. livre): "A culpabilidade não tem a ver com a liberdade em sentido metafísico, transcendente ou naturalístico, mas com o processo histórico de reconhecimento social e normativo da liberdade de atuação, que previa necessariamente a correspondente responsabilidade pelas consequências de tal liberdade. A autonomia da pessoa serve de base a um Direito Penal que se funda na culpabilidade pelo feito, não sendo esta uma capacidade pré-social ou pré-jurídica de todo sujeito racional, mas sim um princípio organizativo de um sistema de liberdades que se configura como Estado de Direito".
32. Idem. p. 11.
33. TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit. p. 250.
34. Idem.

"Seria, pois, uma pura perda de tempo (mais que isso, arbitrário) tentar apontar, na 'história experiencial total' do indivíduo, que se entende vergado por toda uma série de fatores genéticos e ambientais, algo que se lhe pudesse censurar a título de culpa.

Com isso, retornamos ao conceito de culpabilidade do fato, esta sim, a nosso ver, a única capaz de fundamentar, no atual estágio de nossa cultura, um direito penal da culpa."

Manifestando-se a respeito da "crise" do conceito de culpabilidade frente aos avanços da neurociência, o professor alemão Gunther Jakobs também afasta-se da necessidade de se definir a real existência ou não do livre-arbítrio, defendendo que a justificação da intervenção penal e, portanto, da culpabilidade do indivíduo, é a responsabilidade deste por não se deixar levar ao delito. Assim, caso o indivíduo pratique o fato típico, ele deve passar a suportar os custos advindos desse delito e dos demais detalhes que lhe correspondem.[35]

Prossegue Jakobs, reafirmando o caráter normativo e de construção social da culpabilidade, que o Direito Penal fundamenta-se na manutenção da expectativa de não-lesão de direitos. Portanto, quem for injustamente lesionado não renuncia à expectativa de que deveria não ter sido lesionado, e é esta quebra de expectativa social que fundamenta e justifica a atribuição de culpa ao responsável por ela.[36]

Filiamo-nos ao conceito de Jakobs, segundo o qual o livre-arbítrio é apenas a metáfora da vontade, não fruto das ciências naturais, mas uma construção normativa que visa conduzir a orientação social,[37] daí porque a desnecessidade de determinação a respeito da real existência de uma liberdade de vontade.

A discussão acerca da definição sobre o indivíduo possuir ou não o livre-arbítrio não foi trazida ao Direito Penal somente pela evolução da técnica científica ou pela imprescindibilidade de tal definição. A discussão surge porque a dogmática encontrava-se de tal forma alienada – voluntariamente – de tais questões que se fez necessária, de certa forma à força, uma revisão do conceito de culpabilidade que coloque a ciência penal em tal posição que seus

35. SAAD-DINIZ, Eduardo; JAKOBS, Günther. *Indivíduo e pessoa: imputação jurídico-penal e os resultados da moderna neurociência*. Trad. Günther Jakobs. Individuum und Person Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 117, n. 2, p. 247-266, 2005. p. 28.

36. Idem. p. 32.

37. Idem. p. 39.

fundamentos independam das eventuais conclusões atingidas pela neurociência neste tema.[38]

2.3 *Casos práticos: análise de comportamentos à luz de conhecimentos da neurociência*

Segundo manifesto publicado na Alemanha, em 2004:[39]

"Num período de tempo previsível, nos próximos vinte ou trinta anos, a investigação cerebral poderá alcançar a conexão entre os processos neuroelétricos e neuroquímicos, assim como funções perceptivas, cognitivas, psíquicas e motoras, até o ponto que será possível fazer predições bastante certeiras sobre estas conexões em ambas direções. E isso significa que devemos contemplar a mente, a consciência, os sentimentos, os atos voluntários e a liberdade de ação como processos naturais, pois todos se baseiam em processos biológicos."

Assim, com a finalidade de demonstrar empiricamente a evolução da neurociência no tema, se faz oportuno a este trabalho apresentar casos concretos descritos na literatura específica da neurociência, sendo certo que tal abordagem permite verificar o ponto de vista de médicos e neurocientistas sobre o tema, a fim de que, mesmo sob o olhar do Direito Penal, seja possível compreender os argumentos que os motivam a influírem na questão da culpabilidade.

As proposições a seguir demandam uma correta compreensão do pressuposto clássico utilizado na psiquiatria forense a respeito da sanidade do indivíduo. Trata-se da premissa referente a ação dos indivíduos enquanto ação causal ou não causal, isto é, se uma ação é não-causada por qualquer elemento determinado previamente a mentalidade do indivíduo, no momento da ação, é determinada como existente e, consequentemente, o indivíduo em questão utilizou do livre-arbítrio ao seu dispor para decidir seu comportamento.

De outro lado, se estamos diante de ação causada – ação causal – o indivíduo que produziu a ação é considerado incapaz de determinar-se conforme decisões consciente é, desta forma, identificado como doente pela sistemática

38. A respeito desta desnecessidade de definição, Miguel Reale Jr. afirma: "O homem livre é aquele que pode interferir no processo dos impulsos, impondo-lhe um sentido." REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 187.
Ou seja, a liberdade é mera construção, mera abstração, oriunda da possibilidade que todos possuem de dar sentido aos seus impulsos neuronais.

39. RUBIA, Francisco J. *El fantasma de la libertad – datos de la revolución neurocientfica*. Barcelona: Critica, 2009. p. 15.

da psiquiatria forense. Esta noção clássica é proveniente do Indeterminismo, ou seja, da corrente que defende a visão de que as pessoas têm livre-arbítrio, e que ações apoiadas no livre-arbítrio são efeitos sem causas.

É justamente o paradigma exposto acima um dos pilares confrontado pelas teses da neurociência. Conforme aborda o presente estudo, para diversos autores deste campo da ciência, toda ação é causa, ou seja, ainda que de forma inconsciente toda ação está atrelada a uma causa neurológica que independe da vontade do indivíduo.

Ao contrário do pressuposto clássico, para esta concepção neurocientífica da ação constituída por uma causa não decorre, necessariamente, a conclusão de que o indivíduo esteja doente. Significa, tão somente, que algumas causas são tão inconscientes que dão ao indivíduo a impressão de total liberdade de vontade.

Um caso relevante, utilizado como ilustração do acima exposto pode ser encontrado na obra "Vidas secretas do cérebro", de David Eagleman.[40] Trata-se da história de Charles Whitman:[41]

Em 1966, Charles Whitman, contando 25 anos, era um indivíduo bastante comum, que ostentava antecedentes impecáveis, frequentara boas escolas, havia sido escoteiro e fuzileiro naval, estava empregado, e fazia trabalhos voluntários. Contudo, tomou atitudes criminosas que escapavam ao seu perfil comportamental. Ele se dirigiu à cobertura de um edifício portando uma mala repleta de armas e munição: matou 13 pessoas e feriu 33, até que foi morto pela polícia. Acresce ao ocorrido o fato de que antes de iniciar o tiroteio Charles Whitman assassinou sua mãe e sua esposa.

A questão que desponta interesse na narrativa deste caso específico constitui a nota deixada pelo atirador antes dos crimes, na qual ele relatava seus distúrbios e pedia que uma autópsia fosse realizada para determinar se algo havia mudado em seu cérebro.

Considerando a repercussão, inclusive midiática, do caso, seu desejo foi atendido. O corpo foi levado ao necrotério e o crânio aberto para diagnóstico. Analisando o cérebro, o legista descobriu que este abrigava um tumor do tamanho de uma moeda, sendo que tal tumor comprimia uma certa região do cérebro, causando um prejuízo às funções especialmente designadas àquela porção cerebral.

40. EAGLEMAN, David. *Incógnito – as vidas secretas do cérebro*. Trad. Ryta Vinagre, São Paulo: Rocco, 2011.

41. Idem. p. 163.

Verificou-se então que a região comprometida pelo tumor era a responsável pela regulação emocional, e danos a ela causam perturbação emocional e social – de acordo com a estudos de referência,[42] alguns sintomas são: ausência de medo, entorpecimento da emoção, reação exagerada, comportamento materno inadequado.

A questão da qual se ocupa a neurociência diante do enfrentamento do caso prático pode ser resumida pela seguinte pergunta: Até que ponto alguém tem culpa se seu cérebro está lesionado de tal maneira que não lhe resta alternativa senão ceder aos designíos de uma vontade que não é efetivamente sua mente consciente?

Outro caso extraído da mesma obra[43] também interessante trata de uma situação bastante real envolvendo tumores capazes de influenciar o comportamento sexual.

É o caso de um pedófilo, que está assim descrito: Um homem de 40 anos, que nunca havia apresentado qualquer desvio sexual referente à pornografia infantil. Subitamente, começou a apresentar o traço da pedofilia, e está se tornou um interesse devastador, ele despendia tempo e energia em visitas a sites de pornografia infantil e tinha uma coleção de revistas, até mesmo começou a frequentar prostíbulos em busca de jovens. Em vista de tais comportamentos, sua mulher o levou a um médico, seu cérebro passou por um escâner, e revelou-se um tumor bastante grande no córtex orbifrontal do indivíduo.

O tumor foi retirado e o apetite sexual do indivíduo voltou ao normal. Cerca de seis meses após a cirurgia, contudo, seu comportamento anterior retornou. Nova visita ao médico foi feita e o neurorradiologista descobriu que uma parte do tumor não fora retirada na cirurgia e estava crescendo – assim, mais uma vez o indivíduo foi submetido a procedimento cirúrgico, e o tumor foi completamente retirado, sendo certo que após este fato o indivíduo não mais apresentou desvios no seu comportamento.

A repentina aparição de impulsos pedófilos ilustra o quadro que a neurociência vem traçando, é o retrato do argumento de que, quando a biologia se altera, igualmente, se operam mudanças na tomada de decisões, de que os impulsos de uma pessoa dependem de questões intrincadas da máquina neural (preferências, como atração por crianças/adultos; agressividade/passividade etc.).

---

42. Estes sintomas são conhecidos como síndrome de Klever-Bucy. Cf. KLUVER, Bucy. *Preliminary Analysis of functionsof the temporal lobes in monkeys*. Disponível em: [http://psycnet.apa.org/psycinfo/1940-04382-001]. Acesso em: 29.08.2014.

43. EAGLEMAN, David. *Incógnito – as vidas*... cit. p. 166.

Mesmo que se diga que em ambos os casos a vontade de matar ou o desejo sexual já existiam na mente dos indivíduos estudados, estes, após a existência do tumor, perderam a capacidade de resistir a tais impulsos.

Importa consignar que, consoante a legislação brasileira, um caso como o do indivíduo acometido de impulsos pedófilos seria fundamento para um procedimento penal pelo crime de pedofilia previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que versa:

"Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Incluído pela Lei 11.829, de 2008).

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa."[44]

Tais reflexões baseadas em casos concretos permitem concluir que uma leve mudança no equilíbrio da química do cérebro pode causar grandes mudanças no comportamento – e, de fato, que o comportamento não pode ser dissociado na biologia –, e é desenvolvendo esta tese que a neurociência se propõe a demonstrar que a questão é ainda mais profunda.

Outro caso prático[45] que é útil para se compreender a questão é encontrado na condição conhecida como Síndrome de Tourette. O indivíduo acometido desta doença sofre de movimentos involuntários, como gestos e falas sem que tenha escolhido realizar estes atos. Um dos sintomas da doença é a compulsão de gritar palavras ou expressões injuriosas (coprolalia). Estes impulsos são gerados em um contexto de ausência de livre-arbítrio, o indivíduo não tem autonomia da vontade para não praticar a conduta.

A experiência demonstra que, ao contrário do portador da Síndrome de Tourette, o indivíduo que procedesse da mesma forma de alguém com a doença poderia vir a ser responsabilizado, por exemplo, por crimes contra a honra. Tal fato se dá pela racionalização da questão com base na argumentação clássica de que o movimento é causal, neste quadro a doença é evidente, ou seja, as ações do portador da doença são causadas por forças externas a seu livre-arbítrio, não podendo ser este responsabilizado.

O fato em evidência, portanto, reflete-se na constatação de que, conforme são desenvolvidas tecnologias mais sofisticadas para sondar o cérebro, mais problemas podem ser detectados – os quais podem diferenciar casos de con-

44. Lei 8.069/1990. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm]. Acesso em: 30.08.2014.

45. Idem. p. 175.

duta praticada indesejada pelos sujeitos daqueles que constituem simples atos de vontade.

Neste sentido, a neurociência pretende, exercendo seu mister como uma ciência natural, demonstrar se há uma completa inexistência de liberdade consciente da vontade, ou se existe espaço para a existência do livre-arbítrio. Para tanto, são promovidos inúmeros estudos, servindo-se do método cientifico.

Um famoso estudo, frequentemente mencionado na literatura,[46] foi realizado em 1960. Neste, cientistas aplicaram eletrodos na cabeça de voluntários, os quais foram solicitados a simplesmente levantarem um dedo no momento que escolhessem. Os participantes observavam um cronômetro e foram solicitados a anotar o momento exato em que sentiram o impulso de fazer o movimento.

Esta pesquisa revelou que os voluntários se tornavam conscientes do impulso correspondente ao movimento do dedo cerca de um quarto de segundo antes de realmente efetivarem o gesto. Pela leitura dos aparelhos que retratavam as ondas cerebrais foi, também, descoberto que a atividade no cérebro dos participantes começava a aumentar frações de segundos antes dos sujeitos da pesquisa sentirem o impulso de se moverem.

A proposição sugerida pela referida pesquisa é a de que a mente consciente é a última a receber a informação na cadeia de comando, a decisão para movimentar o dedo já havia sido tomada pelo cérebro e a vontade consciente do indivíduo não desenvolveu nenhum papel, apenas executou uma ordem neurológica que não poderia controlar.

Esta premissa será abordada no decorrer deste trabalho na análise dos estudos do jurista Alemão Winfried Hassemer, que trata do "homem-máquina" por vezes sugerido pela neurociência.

Todavia, importa consignar que a ideia de que este experimento represente o fim do livre-arbítrio é errônea – ou pelo menos a ciência ainda não chegou ao ponto de conseguir afirmar tal premissa com exatidão.

O próprio cientista que conduziu o experimento suscitou o ponto de que a liberdade existe sob a forma de poder de veto. Asseverou que "Embora não possamos controlar o fato que temos o impulso para mover nosso dedo, talvez tenhamos uma janela mínima de tempo para evitar o erguer do dedo".[47] Ou

46. A pesquisa mencionada foi liderada por Benjamin Libet, cientista conhecido pelo seu pioneirismo com o estudo da consciência humana. Cf. Idem. p. 180.

47. Idem.

seja, o impulso é inconsciente, mas a mente pode conscientemente mandar o cérebro não desenvolver determinado impulso.

Em 2008, foi publicada pesquisa subsequente, na qual o experimento foi refeito com uso da tecnologia da ressonância magnética. Revelou-se, então, ainda mais tempo de intervalo entre a preparação do funcionamento cerebral e a consciência do indivíduo instado a produzir algum movimento. O cientista John Dylan-Haynes, que conduziu este experimento, afirmou que 10 segundos antes de os voluntários resolverem apertar um botão, sinais elétricos correspondentes a essa decisão já apareciam nas regiões do cérebro que controlam a tomada de decisões, e concluiu que "nos casos em que as pessoas podem tomar decisões em seu próprio ritmo e tempo, o cérebro parece decidir antes da consciência".[48]

Portanto, os pesquisadores da neurociência têm, sim, fundamento para asseverar a teoria de que a liberdade da vontade é um fenômeno a ser questionado, eis que a observação natural demonstrou que o cérebro se antecipa a uma decisão, e que, desta decisão, o indivíduo a real ingerência do indivíduo, no que concerne à verificação cientifica deste fenômeno, é desconhecida.

2.4 A posição de David Eagleman: por que a questão não é a imputabilidade?

Um posicionamento interessante a respeito deste aparente conflito entre a neurociência e o conceito de culpabilidade é encontrado na obra de David Eagleman, neurocientista americano que estuda, entre outros, o campo da chamada *neurolaw*.[49]

Eagleman, em uma de suas obras,[50] demonstra de diversas formas o modo pelo qual o cérebro se desenvolve, as "armadilhas" da consciência, e afirma que a mente consciente não é o "causador" das ações do indivíduo com total liberdade, mas que a própria consciência possui causas que são a si própria desconhecidas.

Uma das armadilhas da percepção é a ideia de que podemos nos colocar no lugar do outro, ou de que o outro possuiria – de forma geral – a mesma capa-

48. Cf.: NOGUEIRA, Salvador. O livre-arbítrio não existe. *Super Interessante*, São Paulo: Abril, set. 2008. Disponível em: [http://super.abril.com.br/saude/livre-arbitrio-nao-existe-447694.shtml]. Acesso em: 29.08.2014.

49. Um campo emergente de estudo interdisciplinar que explora os efeitos das descobertas da neurociência nas normas e definições do Direito. Cf. [www.vanderbilt.edu/neurolaw/]. Acesso em: 29.08.2014.

50. EAGLEMAN, David. *Incognito: The secret lives of the brain*. New York: Vintage Books, 2012.

cidade de raciocínio e decisão que nós. Contudo, a respeito deste verdadeiro mito do "homem médio", tão utilizado no Direito Penal, o autor afirma:[51]

"Many of us like to believe that all adults possess the same capacity to make sound choices. It's a nice idea, but it's wrong. (...) How you turn out depends on where you've been. So when it comes to thinking about blameworthiness, the first difficulty to consider is that people do not choose their own developmental path."

Sendo assim, excluída a figura do homem médio a servir de padrão, como proceder a uma análise de culpabilidade? Como se pode falar em culpa pela não adoção de outra ação se é difícil, quiçá impossível, determinar que outra forma de ação era sequer contemplável ao indivíduo?[52]

Para responder tais perguntas, Eagleman se aproxima da posição já externada por Gunther Jakobs, a de que a definição da existência do livre-arbítrio pouco importa ao Direito Penal. Explica:[53]

"Explanation does not equal exculpation. Societies will always need to get bad people off the streets. We will not abandon punishment, but we will refine the way we punish."

E prossegue, de forma mais contundente, fornecendo uma crítica a um conceito de culpabilidade que se veja diretamente vinculado às possibilidades tecnológicas de cada época:[54]

"Blameworthiness is the wrong question to ask. It cannot make sense for culpability to be determined by the limits of current technology. A legal system that declares a person culpable at the beginning of a decade and not culpable at the end is not one in which culpability carries a clear meaning."

---

51. Idem. p. 157-158. N. A. (trad. livre): "Muitos de nós gostariam de acreditar que todos os adultos possuem a mesma capacidade de tomar decisões acertadas. É uma boa ideia, mas isso é errado. (...) Como você se torna depende de onde você esteve. Assim, quando se trata de pensar sobre culpabilidade, a primeira dificuldade a considerar é que as pessoas não escolhem o seu próprio caminho de desenvolvimento".

52. Idem. p. 162.

53. Idem. p. 171. N. A. (trad. livre): "Explicação não é igual a absolvição. As sociedades sempre precisarão colocar as pessoas más fora das ruas. Nós não abandonaremos a punição, mas iremos refinar a forma pela qual punimos".

54. Idem. p. 178. N. A. (trad. livre): "Culpabilidade é a pergunta errada. Não pode fazer sentido uma culpabilidade a ser determinada pelos limites da tecnologia atual. Um sistema legal que declara uma pessoa culpável no início de uma década e não culpável no final não é um em que a culpabilidade carregue um significado claro".

GORGA, Maria Luiza; MARCHIONI, Guilherme Lobo. Liberdade da vontade, Neurociência e Culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 99-129. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

A solução, segundo Eagleman, seria uma inversão de perspectivas do Direito Penal. Hoje, a análise do comportamento se foca exclusivamente no passado, na ação e em seu resultado. Contudo, uma abordagem mais produtiva seria a análise do acontecimento com um foco para o futuro.

Tal abordagem possibilitaria um sentenciamento mais adequado a cada indivíduo, de forma que fosse abandonada a crença de que a prisão é a única forma verdadeira e efetiva de punição – uma abordagem que, tendo em vista que o sistema penal deve sempre visar à reabilitação e ressocialização do sujeito, é mais condizente com tais objetivos do que o encarceramento indiscriminado[55] que se presencia.

Como opções de condutas que possam conduzir à plena realização destes objetivos, Eagleman propõe um *prefrontal workout*, um treino do córtex pré-frontal do cérebro, o que possibilitaria ao indivíduo maior controle de seus impulsos, amadurecimento, e melhora da capacidade de pensamento a longo prazo.[56]

Tal treino é condizente com a imagem que se deve ter da reabilitação de um indivíduo, ou seja, o foco não deve ser extirpar a personalidade e a vontade dos sujeitos (como se realizava com as lobotomias), mas mudar o indivíduo o mínimo possível para que seu comportamento se alinhe àquilo que é desejado pela sociedade.[57]

Finaliza o autor, com palavras das quais aqui nos apropriamos:[58]

"The concept and word to replace blameworthiness is modifiability, a forward-looking term that asks, What can we do from here? Is rehabilitation

55. Para o autor, as prisões tornaram-se nossas verdadeiras instituições de cuidado da saúde mental, cf.: Idem. p. 180. Também neste sentido: "Se é verdade que, de meados para o final dos anos 1960, um número cada vez maior de pacientes mudou-se para a comunidade, também se observou que um número cada vez maior de sujeitos psicóticos começou a aparecer nos presídios ou nas ruas". Cf. LEADER, Darian. *O que é loucura? Delírio e sanidade na vida cotidiana*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 37.

56. Idem. p. 182.

57. Idem. p. 184.

58. Idem. p. 192. N. A. (trad. livre): "O conceito e a palavra para substituir culpabilidade é a mutabilidade, um termo *forward-looking* que pergunta: O que podemos fazer a partir daqui? É a reabilitação disponível? Se assim for, ótimo. Se não, será o castigo da pena de prisão capaz de modificar o comportamento futuro? Se assim for, envia-se à prisão. Se a punição não vai ajudar, então toma-se a pessoa sob o controle do Estado com a finalidade de incapacitação, não de vingança".

available? If so, great. If not, will the punishment of a prison sentence modify future behavior? If so, send him to prison. If punishment won't help, then take the person under state control for the purpose of incapacitation, not retribution."

Este é um ponto de vista do qual partilhamos, e que será melhor abordado mais adiante neste trabalho.

2.5 *Dúvida: haveria uma divisão entre o criminoso "comum" e o "deficiente neurológico"?*

A problemática crucial apresentada neste estudo corresponde à maneira como o estudo da ciência neurológica tem avançando, ao ponto de se gerar um aumento considerável das hipóteses nas quais o indivíduo agiu de forma causal.

Com efeito, investiga-se o pedófilo repentino e sua nova predileção sexual, ou um cleptomaníaco com uma degeneração em seu córtex frontal, sob a análise de que estes não são considerados indivíduos saudáveis. Se tais comportamentos se enquadram no conceito de ação causada por aspectos neurológicos/biológicos, então as ações destes agentes representam ações causais, e disto decorre uma verificação diferenciada da culpabilidade.

Diante da hipótese desponta uma reflexão: podemos culpar alguém se não tivermos a tecnologia suficientemente avançada para detectar um problema biológico?

A ideia que essa questão evoca é a de uma régua indicando a culpabilidade. Em uma extremidade estão aqueles que não serão imputáveis por algum crime porquanto foi diagnosticado uma condição fisiológica da qual, comprovadamente, decorra a falta de qualquer voluntariedade sobre o comportamento – ou sobre um comportamento específico relacionado àquela conduta (relacionando-se ao mapeamento das áreas do cérebro).

No campo "imputabilidade" da barra está o criminoso considerado comum, cujo cérebro recebe pouco estudo e sobre quem nossa tecnologia atual não é capaz de dizer muita coisa. A maioria esmagadora dos criminosos está deste lado da linha, porque não têm nenhum problema biológico evidente. São, portanto, considerados agentes com livre-arbítrio.

No entanto, é certo que tecnologia continuará a melhorar e, consequentemente, a medição dos problemas do cérebro e a nossa compreensão deste órgão. Logo, a divisão entre quem é culpável e quem não é se tornará cada vez mais delicada e, inclusive, a concretização da tese da neurociência poderá vir a determinar que não há ação não causal.

GORGA, Maria Luiza; MARCHIONI, Guilherme Lobo. Liberdade da vontade, Neurociência e Culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 99-129. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

Enfrentando está celeuma, David Eagleman afirma que:[59]

"(...) o cerne do problema é que não faz mais sentido perguntar: até que ponto foi por sua biologia e até que ponto foi ele? A questão não faz mais sentido porque agora compreendemos que ambas são a mesma coisa. Não há uma distinção significativa entre a biologia e a tomada de decisão de uma pessoa. Elas são inseparáveis."

Nós nos perguntamos, com isso, como conjugar essa inexistência de liberdade com a subsunção prática de crimes mais complexos, principalmente aqueles com elementos subjetivos como o "deva saber", a punição a título de culpa consciente ou a alteração na pena por violenta emoção etc.

O que verificamos é que o Direito Penal não necessariamente identifica culpabilidade com livre-arbítrio, conforme a neurociência vem tentado dissecar.

De qualquer modo, é bom frisar que a neurociência não está defendendo a ausência de responsabilidade dos indivíduos pela eventual inexistência do livre-arbítrio. Compreender a ação não necessariamente quer dizer que se encontrou uma desculpa capaz de afastar uma sanção.

Se atualmente o livre-arbítrio é algo que o Direito presume existir apenas no indivíduo adulto e com plena capacidade de entendimento, a evolução da neurociência pode vir a alterar o limite da sanidade necessário para se determinar a presença de liberdade da vontade, sendo que este conceito tradicional está a se perder.

Desta feita, é consequência desta lógica que a revolução que a neurociência propõe pode ser mal compreendida como um direito penal do autor, ou como uma redução do direito penal a uma aplicação irrestrita de medidas de segurança.

Tal reflexão é deduzida com base no testemunho do diretor da Iniciativa em Neurociência e Justiça do Baylor College of Medicine:[60]

"A maior batalha que tenho de travar é a percepção equivocada de que uma compreensão maior da biologia do comportamento das pessoas e das diferenças internas implique o perdão a criminosos e que não os tiraremos mais das ruas. Isto é uma inverdade. A explicação biológica não isentará os criminosos. A ciência do cérebro melhorará o sistema de justiça, não impedirá suas funções. Para o funcionamento tranquilo da sociedade, ainda retiraremos das ruas aqueles criminoso que se provam demasiado agressivos, com

59. EAGLEMAN, David. *Incógnito – as vidas...* cit. p. 189.

60. Idem. p. 204.

baixa empatia e um fraco controle de seus impulsos. Eles ainda serão levados aos cuidados do governo."

Desse modo, ainda que confirmada a tese da neurociência é improvável que isso implique a extinção do controle social e tampouco a abolição do controle penal, embora, conforme afirma Paulo Queiroz, "possa desencadear uma reformulação radical do Direito Penal que conhecemos hoje. Tanto é assim que mesmos os inimputáveis em razão de doença mental ou similar estão sujeitos à intervenção do Direito Penal (medidas de segurança)."[61]

O que nos leva ao modo como a questão é tratada pela doutrina de Direito Penal. Para ilustrar o tema discorremos, brevemente, sobre o posicionamento de alguns autores.

3. O DIREITO PENAL CONFRONTADO COM A NEUROCIÊNCIA E PROPOSTAS PARA O FUTURO

3.1 Posicionamentos da doutrina: a reação de Hassemer, o entendimento de Roxin e a concepção de Jakobs

O primeiro ponto que levantamos é a reação de Hassemer a respeito do tema.[62] Hassemer utiliza uma expressão bastante dura para comentar o estudo da neurociência e a tentativa de influência deste campo da ciência sobre a discussão da culpabilidade, dizendo que trata-se de um canto das sereias – que é um discurso inflamado e que chama bastante atenção – sendo que os catedráticos de Direito Penal devem escutar o tal canto para que, compreendendo-o, não se deixem levar pela tentação de acreditar nas propostas da neurociência.

Hassemer desqualifica a interferência da neurociência no Direito no seguinte trecho:[63]

"Eles combatem a culpabilidade e o livre-arbítrio como leões, mas são comportados como carneiros ou se calam completamente no que tange às consequências de um direito penal que consiste exatamente no fardo do livre-arbítrio e na censura à culpabilidade."

61. QUEIROZ, Paulo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. n. 227. out. 2011. p. 4.

62. HASSEMER, Winfried. Neurociência e culpabilidade em direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 100. São Paulo: Ed. RT, 2013.

63. Idem. p. 213.

Ainda, frisa que a ciência penal está longe de se encontrar em uma situação vexatória na discussão sobre sua estrutura com outras ciências, explicando que:[64]

"[no direito penal a imputação permite] a diferenciação racional e valoração de graus de culpa, a participação interna da pessoa em seu evento, do dolo a culpa consciente. Também essa diferenciação pertence à cultura de imputação e está profundamente ancorada em nosso cotidiano normativo."

Uma de suas críticas aponta o desenvolvimento prático da ciência neurológica, já que a Justiça Penal não poderia postergar suas decisões até o fim da controvérsia sobre o livre-arbítrio. O trabalho da Justiça Penal com tal problemática se dá todos os dias, e a cada avaliação de caso concreto pressupõe, faticamente, a possibilidade de livre-arbítrio e da culpabilidade, e as reconhece.

Aponta, também, controvérsia no fato de que os penalistas não participam das idas e vindas das ciências neurológicas, a nós, penalistas, chegam, apenas ocasionalmente, alguns resultados. É diferente do que se identifica entre sociólogos e penalistas, entre os quais é possível ocorrer uma "acomodação e integração de fragmentos sistêmicos, ou seja, ambas as ciências lado a lado".[65] Diz Hassemer que nós não somos nem nos tornaremos neurocientistas e não podemos com eles dialogar – e vice-versa.

O professor, então, entende que a liberdade como pressuposto das imputações advém não só do aparente livre-arbítrio que todos experimentamos, mas também da impossibilidade de organizar a sociedade sem que haja um crédito mútuo. Em suas palavras:[66]

"Nós imputamos ao outro quando não há contraindicações aparentes, a responsabilidade que nós experimentamos em nós mesmos e da qual nos valemos – não porque humano-cientificamente ela foi confirmada ou refutada, mas porque, sem esse crédito mútuo, não conseguiríamos vivem uns com os outros."

Apesar de bastante crítico com a tese da neurociência, Hassemer lembra que o Direito Penal – sua ciência e sua práxis – nunca repeliu conhecimentos das ciências naturais sobre o objeto "culpabilidade" a limine, mas ao contrário demandou por eles, sendo em verdade obrigado a uma tal demanda, se quiser manter a dogmática da culpabilidade atualizada.

Contudo, o autor deixa claro que as "Categorias de exclusão de culpabilidade são constelações nas quais o direito penal e as ciências empíricas sobre

64. Idem. p. 221.

65. Idem. p. 215.

66. Idem. p. 221.

as pessoas se tocam, ou se atravessam." E, ainda, afirma que "O campo dessas categorias está aberto no futuro. Seu objeto é o resultado de desenvolvimentos a longo prazo nas ciências empíricas, mas também da decisão penal sobre a relevância de tais desenvolvimentos para a imputação de culpabilidade penal."[67]

Quer dizer que, não obstante as observações científicas no campo da neurociência, quando o assunto é culpabilidade e Direito Penal deve ter voz a dogmática penal. A tese da neurociência deve ser compreendida com muita cautela, pois se as ciências positivas se refutam com cada inovação, o Direito não pode se pautar com base no mesmo procedimento.

Por sua vez, o Professor Claus Roxin, atento ao âmbito da culpabilidade, rebate o desafio das neurociências ao conceito tradicional de culpabilidade.[68] Segundo o Professor alemão, a culpabilidade independe de uma livre vontade em sentido filosófico, mas simplesmente consiste na capacidade de ser destinatário de normas.

Claus Roxin entende que o livre-arbítrio é uma regra do jogo, o homem tem de ser considerado livre para que o Direito Penal possa responsabilizá-lo, do contrário estar-se-ia inviabilizando a imputação e, por conseguinte, o próprio sistema criminal. Assim, para o autor deve existir uma suposição de liberdade para a acessibilidade normativa, considerando como pressuposto que a culpabilidade, somada à função da pena, é igual à responsabilidade.[69]

Também o Professor Gunther Jakobs enfrentou o tema, escrevendo trabalho, sobre a determinação psíquica do indivíduo e arrazoando que:[70]

"O autor é responsável por não se deixar levar ao delito, mas, se ele assim o fizer ele passa a suportar os custos advindos desse delito e os demais detalhes que lhe correspondam. Essa relação é tão simples que se não permite situá-la no mundo dos processos neuronais, uma vez que nele há adscrições causais singulares, mas não uma adscrição normativa, vale dizer, responsabilidade".

Assim, "Nem no campo das determinações físico-causais nem mesmo naquelas psíquico-causais é possível fundamentar a responsabilidade. Res-

67. Idem, p. 224.

68. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 Anos. *Revista Liberdades*. n. 7, São Paulo: IBCCrim, 2011. p. 97.

69. Idem.

70. JAKOBS, Gunther. Indivíduo e pessoa: imputação jurídico-penal e os resultados da modera neurociência. In: DINIZ, Eduardo Saad; ORTS, Miguel Polaino. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 28.

ponsabilidade e liberdade devem ser levadas em conta como dupla face de uma medalha".[71]

No entendimento de Jakobs, portanto, o livre-arbítrio não importa, ainda que o ser humano não seja livre pela observação natural das neurociências, defendendo que isso não interessa para o Direito Penal. O Direito Penal lida com pessoas, com a capacidade do ser humano de comunicar ou não a infração à norma, sendo pressuposto do sistema que a pessoa deve respeitar os direitos do outro como ponto de partida da vida em sociedade e, portanto, não interessa se o indivíduo é realmente livre ou não.[72]

Desta feita, o estimado jurista assinala que o que importa para a responsabilização são as consequências do comportamento, as quais são tipificadas pela lei penal.

Por fim, a proposição chave deste autor corresponde à noção de que a autodeterminação e responsabilidade são termos que se correspondem, mas o livre-arbítrio e a responsabilidade não. Assim, ele diferencia a autodeterminação e o livre-arbítrio e estabelece que o último é indiferente para a culpabilização conforme esta é definida pela ciência penal.

3.2 Propostas para uma conciliação: a verdadeira individualização da pena e a valorização da ressocialização

Por todo o exposto, percebe-se que este tema, por ser recente, ainda encontra grande resistência por parte dos juristas da dogmática penal vigente. Conquanto não se defenda que a aplicação das ferramentas neurocientíficas no Direito Penal seja – ou deva ser – uma revolução, entendemos que as aplicações benéficas que podem advir de uma cuidadosa evolução conjunta da dogmática penal e das neurociências não devem ser soterradas por receios gerados por uma *knee jerk reaction*.[73]

Assim, para que se permita a evolução do debate e das soluções que podem ser propostas, é preciso que se evite as falácias argumentativas[74] como a chamada

71. Idem. p. 30.

72. Idem. p. 39-40.

73. N. A.: (trad.) Reação rápida e impensada.

74. Argumentos que, à primeira vista, parecem corretos, porém uma análise detalhada mostra suas falhas. São raciocínios que, apesar de incorretos, revestem-se de uma forte carga persuasiva. Cf.: ALMEIDA, David W. Silva. Falácias e Teoria da Argumentação. *Pólemos*. vol. 2. n. 3. p. 116-132. Brasília: Ed. UnB, jul. 2013. p. 118.

falácia da bola de neve (também chamada de *slippery slope argument*), a qual consiste em partir de uma posição e encadear outras proposições até que se chegue a uma conclusão absurda[75] – portanto, devemos desconsiderar argumentos que, ao final, reduzam o debate a questões completamente extrapoladas, como por exemplo comparações da utilização da neurociência ao conto *Minority Report*.[76]

Tendo isto em vista, um posicionamento que poderia ser adotado de forma plausível parece ser o da junção dos posicionamentos de Gunther Jakobs e David Eagleman – assumir que o fundamento do Direito Penal é a manutenção da ordem social e das expectativas de não lesão a direitos e bens jurídicos, sendo que a culpabilidade seria imputada àquele que quebrar tal expectativa.

Assim, excluindo-se os casos de inimputabilidade definitiva, como os menores e aqueles que possuem a capacidade de entendimento e ação diminuídas de tal modo que se torne inviável sequer um questionamento de culpabilidade, todos os indivíduos seriam igualmente imputáveis.

A diferenciação entre os indivíduos, em respeito ao princípio da individualização da pena, viria no momento posterior ao fato, ou seja, no processo de definição da pena. Dessa forma, através de uma análise da capacidade neurológica do indivíduo, o Direito Penal poderia responder de forma verdadeiramente individualizada, buscando o melhor caminho para a concretização dos reais objetivos da pena, que são a ressocialização[77] e a reabilitação do sujeito.[78]

---

75. Esta falácia argumentativa é muito presente em temas da bioética e busca evitar que qualquer avanço seja efetuado em determinada questão. O argumento é de que após o primeiro passo, se escorregará inevitavelmente até o final da cadeia de raciocínio e se justificará algo "ruim" ou "errado", assim o primeiro passo não deve ser dado. Disponível em: [www.embl.de/aboutus/science_society/discussion/discussion_2004/ref14may04.pdf]. Acesso em: 03.09.2014.

76. Este é um conto de ficção científica escrito por Philip K. Dick na década de 1950, e trata de uma sociedade onde os crimes de homicídio são prevenidos antes que eles ocorram, graças ao auxílio de indivíduos que podem ver o futuro e decidem, antes da ocorrência de qualquer ilícito, quem deverá ser retirado da sociedade. Disponível em: [www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/The_Minority_Report.html]. Acesso em: 03.09.2014.

77. Não se pode perder de vista, contudo, que a ressocialização deve sempre mudar o menos possível o indivíduo, e de preferência apenas ensiná-lo a controlar seus impulsos. Conforme lição do psicanalista Darian Leader, "a psicose, com muita frequência, ainda é equiparada às maneiras pelas quais algumas pessoas deixam de se enquadrar nas normas da sociedade". Cf. LEADER, Darian. Op. cit. p. 11.

78. Também neste sentido, Nélson Hungria já acreditava nesta função da pena, que deveria ter um escopo pluridimensional que abrangesse tanto a retribuição como a defesa

Para tanto, é necessário que as medidas de segurança percam seu estigma – fundado em boa parte em abusos cometidos no passado, mas também nas previsões normativas atuais[79] – para que possa ser utilizada de maneira eficaz, com tratamentos e terapias (como o *prefrontal workout* de Eagleman, terapias cognitivas e comportamentais etc.) que sirvam verdadeiramente a reintegrar o indivíduo à sociedade e às expectativas sociais.[80]

A prisão, portanto, seria destinada apenas àqueles que não podem ou não querem[81] ser reabilitados com outras formas de tratamento, de forma a proteger a sociedade como um todo. A internação compulsória seria, assim, a última opção, apenas para aqueles indivíduos sobre os quais nem os tratamentos e nem o castigo da reclusão surtem efeito, devendo portanto ser segregados.[82]

A utilização da neurociência no Direito Penal deve ser sempre posterior ao fato ilícito, de forma a evitar "lombrosianismos" e sistematizações perniciosas às liberdades individuais. Ademais, suas ferramentas permitem o que podemos chamar de ajuste fino da sanção penal, levando a uma atuação mais racional (tanto economicamente quanto do ponto de vista da eficácia) do Estado.

Pode-se dizer que a reabilitação, assim, não visa a "cura" do sujeito, mesmo porque tal conceito é, quando se trata da mente, por demais impreciso. Porém

---

social, de forma a permitir a recuperação do indivíduo que fora afetado pelo Direito Penal. Cf. HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t. 1, vol. 1. p. 277.

79. Como a determinação contida no art. 97, § 1.º, do Código Penal, segundo a qual a internação ou o tratamento ambulatorial serão conduzidos por tempo indeterminado, em frontal contradição ao quanto disposto no art. 75 do mesmo Código, que prevê que a pena privativa de liberdade terá a duração máxima de 30 anos. Isso possibilita anomalias e injustiças no sistema, permitindo que criminosos extremamente violentos – e conscientes – sejam punidos de forma mais humana e delimitada do que aqueles que, tendo praticado delitos menores, possuem sua capacidade de decisão diminuída.

80. Ainda, no mesmo sentido: "Desde que se verifique a corrigibilidade de um criminoso (...) não há de ser com a inflicção de castigo, por mais cruel ou duradouro, que se obterá sua inocuidade ou reassimilação social". Cf. HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 282.

81. A discricionariedade, neste caso, não é salvo conduto ao indivíduo. Caso o sujeito não deseje ser tratado, não restará ao Estado outra alternativa que não seu encarceramento.

82. Já dizia Nélson Hungria que aqueles indivíduos que são verdadeiramente irredutíveis ao processo de readequação social deverão então, e só assim, ser sujeitos à segregação como um fim em si mesma. Cf.: HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit. p. 282-283.

seria possível almejar tornar o indivíduo algo como um "louco silencioso",[83] alguém que não necessite de medicação ou tratamento e cujas peculiaridades não interfiram em sua vida social ou em sua capacidade de atuação individual e na comunidade.

Com estas medidas, se preserva a função preventiva geral da pena, posto que o indivíduo sabe que, ao agir segundo seus impulsos contrários ao Direito, será destinatário da punição estatal, o que reafirma a todos a vigência da norma e a proteção da sociedade pelo Direito. Preserva-se também a função preventiva especial da pena, pois de um lado os indivíduos perceberão sobre si a mão do Estado, auxiliando-os em sua adaptação, e, de outro, aqueles sobre a qual a reabilitação é ineficaz serão retirados do meio social.

4. BIBLIOGRAFIA

AGOSTINHO, Santo. *O livre arbítrio*. São Paulo: Paulus, 1995.

ALMEIDA, David W. Silva. Falácias e Teoria da Argumentação. *Pólemos*. vol. 2. n. 3. p. 116-132. Brasília: Ed. UnB, jul. 2013.

AMARO JUNIOR, Edson; YAMASHITA, Helio. Aspectos básicos de tomografia computadorizada e ressonância magnética. *Rev. Bras. Psiquiatr.* vol. 23. supl. 1. p. 2-3. São Paulo, maio 2001. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462001000500002&lng=en&nrm=isso]. Acesso em: 02.09.2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRITTO, Luiz Roberto G.; BALDO, Marcus Vinícius C. Pensando o futuro da neurociência. *Revista USP* n. 75. p. 32-41. nov. 2007. Disponível em: [www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13618/15436]. Acesso em: 25.08.2014.

EAGLEMAN, David. *Incognito: The secret lives of the brain*. New York: Vintage Books, 2012.

_____. *Incógnito – as vidas secretas do cérebro*. Trad. Ryta Vinagre, São Paulo: Rocco, 2011.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa? *InDret*. n. 2. 2011. Disponível em: [www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/241338]. Acesso em: 26.08.2014.

FRANÇA S. J., Leonel. *Liberdade e determinismo – a orientação da vida humana*. Rio de Janeiro: Agir, 1954.

83. Segundo o conceito de "loucura silenciosa" de Darian Leader, instâncias de loucura compatíveis com o comportamento normal. Cf. LEADER, Darian. Op. cit. p. 17-45.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 Anos. *Revista Liberdades*. n. 7, São Paulo: IBCCrim, 2011.

HASSEMER, Winfried. Neurociência e culpabilidade em direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 100. São Paulo: Ed. RT, 2013.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t. 1, vol. 1.

JAKOBS, Gunther. Indivíduo e pessoa: imputação jurídico-penal e os resultados da modera neurociência. In: DINIZ, Eduardo Saad; ORTS, Miguel Polaino. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012.

KLUVER, Bucy. *Preliminary Analysis of functionsof the temporal lobes in monkeys*. Disponível em: [http://psycnet.apa.org/psycinfo/1940-04382-001]. Acesso em: 29.08.2014.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LEADER, Darian. *O que é loucura? Delírio e sanidade na vida cotidiana*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

LOMBROSO, Br Dr. L'Uomo delinquente (criminal man). *The Journal of Nervous and Mental Disease*. vol. 13. n. 4-5. p. 274-276. 1886.

LOPES, Reinaldo José. *Os 11 maiores mistérios do universo – as questões mais profundas da humanidade, com as respostas mais surpreendentes*. São Paulo: Abril, 2014.

MASIERO, André Luis. A lobotomia e a leucotomia nos manicômios brasileiros. *Hist. cienc. saude-Manguinhos* [online]. vol. 10. n. 2. p. 549-572. 2003. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/hcsm/v10n2/17750.pdf]. Acesso em: 02.09.2014.

MELIÁ, Manuel Cancio. Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias. In: MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.). CRESPO, Eduardo Demetrio (dir.). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la periculosidad*. Montevideo: B. de F., 2013. p. 529-545.

NOGUEIRA, Salvador. O livre-arbítrio não existe. *Super Interessante*, São Paulo: Abril, set. 2008. Disponível em: [http://super.abril.com.br/saude/livre-arbitrio-nao-existe-447694.shtml]. Acesso em: 29.08.2014.

QUEIROZ, Paulo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. n. 227. out. 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RUBIA, Francisco J. *El fantasma de la libertad – datos de la revolución neurocientfica*. Barcelona: Critica, 2009.

SAAD-DINIZ, Eduardo; JAKOBS, Günther. *Indivíduo e pessoa: imputação jurídico-penal e os resultados da moderna neurociência*. Trad. Günther Jakobs. Indivi-

duum und Person Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 117, n. 2, p. 247-266, 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

– Disponível em: [www.loc.gov/loc/brain/proclaim.html]. Acesso em: 28.08.2014.

– Disponível em: [www.vanderbilt.edu/neurolaw/]. Acesso em: 29.08.2014.

– Disponível em: [www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/The_Minority_Report.html]. Acesso em: 03.09.2014.

– Disponível em: [www.embl.de/aboutus/science_society/discussion/discussion_2004/ref14may04.pdf]. Acesso em: 03.09.2014.

– Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm]. Acesso em: 30.08.2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal, de Claus Roxin e Alaor Leite – *RBCCrim* 112/33-39 (DTR\2015\1986);
- Neurociências e culpabilidade em direito penal, de Winfried Hassemer, Traduzido por Helena Regina Lobo da Costa – *RBCCrim* 100/211-225 (DTR\2013\407); e
- Para um sistema renovado do facto punível, de Jorge de Figueiredo Dias – *RBCCrim* 112/107-122 (DTR\2015\1976).

Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da Justiça?

Subsídios para um debate, a partir da experiência alemã

Will plea bargaining be able to solve the slowness and overburdening of courts? Elements for a debate, from the German experience

Ana Claudia Grossi
LL.M. pela Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique, Alemanha.

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O estudo indaga se a adoção do acordo penal no ordenamento jurídico brasileiro poderia consistir em solução legítima para os problemas da morosidade e sobrecarga da Justiça. Para isso, parte-se da experiência alemã com a adoção do *plea bargaining*, passando pelo desenvolvimento do instituto na Alemanha, pelos problemas e contradições que a adoção desse instituto trouxe para o processo penal alemão e, por fim, pelas tentativas de solução desses problemas até hoje apresentadas pela jurisprudência daquele país, culminando na crítica central à decisão da Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*) sobre a constitucionalidade do acordo (*Absprache*) no processo penal alemão. O estudo traça, por fim, um paralelo entre a experiência alemã e os desafios de uma possível adoção do acordo penal no Brasil, concluindo pela ilegitimidade do acordo penal e sua incompatibilidade com o devido processo legal.

Palavras-chave: Acordo penal - Audiência de instrução e julgamento - Descobrimento da verdade - Verdade material - Devido processo legal.

Abstract: This essay inquires if the adoption of *plea bargaining* in brazilian law would be a legitimate solution for the slowness and overburdening of brazilian courts. For this purpose, the article begins examining the German experience of adoption of *plea bargaining*, analyzing the development of the institute in Germany, and the problems and contradictions brought upon german criminal procedure since this adoption. The study continues this effort presenting the attempted solutions for these problems by german jurisprudence, notably the ruling of the German Constitucional Court (*Bundesverfassungsgericht*) that upheld the constitucionality of *plea bargaining* in the german criminal procedure. Lastly, the article attempts to make a parallel between the german experience and the challenges that may arise from the possible adoption of *plea bargaining* in Brazil, concluding that it would be illegitimate and incompatible with due process.

Keywords: Plea bargaining - Brazilian criminal procedure - Main hearing - Fact finding - Due process of law.

Grossi, Ana Claudia. Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da Justiça? Subsídios para um debate, a partir da experiência alemã. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O "acordo" no Brasil – 3. O acordo na Alemanha: 3.1 Desenvolvimento; 3.2 O funcionamento do acordo: 3.2.1 O *plea bargaining* original; 3.2.2 O acordo penal alemão (*Absprache*); 3.3 Problemas decorrentes da adoção do acordo penal na Alemanha: 3.3.1 A solução do *Bundesgerichtshof* (*BGH*); 3.3.2 A solução do *Bundesverfassungsgericht* (*BverfG*) – 4. Transposição à realidade brasileira – 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A frequentemente alardeada sobrecarga do judiciário e a demora na resposta jurisdicional têm despertado crescente interesse pela resolução consensual de conflitos, o que, na seara penal, tem se manifestado pela sucessiva adoção do acordo penal, também conhecido como barganha (em referência ao *plea bargaining* estadunidense), em vários países.[1]

No Brasil, embora o consenso como forma de resolução de conflitos penais apareça apenas na figura da transação penal (Lei 9.099/1995, arts. 60 e 61), os projetos em tramitação de novo Código Penal (PL 236/2012, art. 105[2]) e, em especial, de novo Código de Processo Penal (PL 8.045/2010, art. 283) demonstram a intenção do legislador de integrar o modelo do acordo penal ao ordenamento brasileiro.

No entanto, seria o acordo uma solução legítima para os problemas da morosidade e da sobrecarga da Justiça? Pretende-se aqui elucidar essa dúvida, a partir da experiência alemã.[3]

---

1. Schünemann enumera diversos exemplos, como a Espanha, Itália e Taiwan, conferir em *Schünemann*, Bernd. *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur* – Die Urteilsabsprachen als Abgesang auf die Gesetzesbindung der Justiz und den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005. p. 7 e ss e em SCHÜNEMANN, Bernd. Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen. Gutachten B für den 58. Deutschen Juristentag, in: *Verhandlungen des Achtundfünfzigsten Deutschen Juristentages*. München: C. H. Beck, 1990. vol. 1. p. 149. Casara, por sua vez, enumera outros exemplos, como Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia e Paraguai, ver CASARA, Rubens R. R. O acordo para aplicação da pena: novas considerações acerca da verdade e do consenso no processo penal brasileiro, in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (orgs.). *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 148.
2. Ainda que posteriormente retirado, como se verá adiante.
3. O presente estudo é uma versão traduzida e adaptada da dissertação *Mündlichkeit, Unmittelbarkeit, Wahrheitsfindung und Absprache*, apresentada em 2014 junto à Universidade Ludwig-Maximilian de Munique, sob a orientação do Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, para obtenção do título de Mestre em Direito.

GROSSI, Ana Claudia. Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da Justiça? Subsídios para um debate, a partir da experiência alemã. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 133-171. São

2. O "ACORDO" NO BRASIL

A ideia de "acordo"[4] em matéria processual penal foi introduzida no Brasil pela primeira vez pela Constituição da República (art. 98, I) e melhor regulamentada através da Lei Federal 9.099, de 16.09.1995.[5] Essa lei regulamentou a figura dos Juizados Especiais,[6] uma Justiça especial para crimes de culpabilidade reduzida ou delitos de bagatela,[7] que são as contravenções penais[8] e os delitos com pena máxima inferior a dois anos.[9] Os princípios norteadores dos Juizados Especiais são a oralidade, a informalidade e a celeridade.[10]

Através da transação penal, o Ministério Público pode se entender com o acusado e oferecer a ele um benefício, de modo que não haverá questionamento da culpa e uma provável pena privativa de liberdade será substituída por uma pena restritiva de direitos ou multa.[11] O acusado pode decidir sobre a aceitação dessa proposta e, caso a aceite, caberá ao juiz comprovar a legalidade da transação,[12] ou seja, se as condições que a lei estipula para a propositura do "acordo" estão preenchidas[13] e se a aceitação é espontânea.

---

4. Usa-se aqui o termo "acordo" para designar acordo em sentido amplo, ou seja, entendimento, a fim de evitar qualquer confusão com o acordo em sentido estrito, que é o próprio instituto do acordo (barganha).
5. Lei 9.099/1995, disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm]. Acesso em: 21.10.2014.
6. Há Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A figura do Juizado Especial Criminal é regulada pelo art. 60 da lei 9.099/1995.
7. Ver COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Modificações da Lei 9.099/95 à luz dos princípios processuais penais, em: *Temas de direito penal e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 115.
8. Definidos pela Lei 3.688/1941.
9. Art. 61 da Lei 9.099/1995. Mais sobre o conceito legal de delitos de reduzida culpabilidade em PRADO, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 122.
10. Art. 62 da Lei 9.099/1995.
11. Art. 76 da Lei 9.099/1995.
12. Art. 76, §§ 3.° e 4.°, da Lei 9.099/1995.
13. Além da gravidade do delito como condição para o oferecimento da proposta de transação, o art. 76, § 2.°, da Lei 9.099/1995 determina os casos no qual não pode haver transação, por exemplo: quando o acusado foi anteriormente condenado a uma pena restritiva de liberdade ou quando realizou transação penal com o Ministério Público há menos de cinco anos.

GROSSI, Ana Claudia. Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da Justiça? Subsídios para um debate, a partir da experiência alemã. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

Posteriormente, a Lei 10.259/2001 introduziu a figura do Juizado Especial no âmbito da Justiça Federal, regido também sob as condições gerais previstas na Lei 9.099/1995.

Como demonstrado, a existência de "acordo" no Processo Penal Brasileiro diz respeito, até hoje, apenas aos delitos de culpabilidade reduzida e não a julgamentos com o reconhecimento da culpa, que impõem uma pena restritiva de liberdade.[14] Ou seja, inexiste formação de sentença condenatória[15] e a transação não implica em quaisquer consequências jurídicas que não a vedação ao oferecimento de nova proposta de transação para o mesmo delito em um período de cinco anos.[16]

Entretanto, através do Projeto de Lei PLS 156/2009[17] do novo Código de Processo Penal, a cautela na introdução de um modelo processual penal baseado no consenso foi abandonada[18] e de acordo com o art. 283 do projeto, o acordo penal ou barganha será provavelmente introduzido no Código de Processo Penal.

Esse projeto já foi aprovado pelo Senado Federal e será, em breve, votado pela Câmara dos Deputados, onde recebeu nova numeração: PL 8.045/2010.

Ademais, no projeto do novo Código Penal Brasileiro, PL 236/2012,[19] que vem sendo frequentemente debatido, também houve uma tentativa de regulamentação do acordo penal, através do art. 105. Posteriormente, esse dispositivo foi retirado do projeto de lei, sob o evidente fundamento de tratar de um

14. CASARA, Rubens. Op. cit., p. 148.

15. Embora inexista consenso doutrinário acerca da natureza jurídica da sentença de homologação da transação penal. Ver referências em PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 324. Interessante notar que se encontra em julgamento no Supremo Tribunal Federal o RE 795.567, com repercussão geral, que discute a possibilidade de se impor à transação penal os efeitos da sentença penal condenatória. No entanto, o teor da novíssima súmula vinculante do STF (Súmula Vinculante 35), que afirma que a homologação da transação penal não faz coisa julgada material, revela o entendimento daquela Corte de não ser a homologação uma sentença penal condenatória.

16. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 767; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 952.

17. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263]. Acesso em: 21.10.2014.

18. CASARA, Rubens. Op. cit., p. 148.

19. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404]. Acesso em: 21.10.2014

GROSSI, Ana Claudia. Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da Justiça? Subsídios para um debate, a partir da experiência alemã. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 133-171. São

tema de direito processual penal e não de direito penal material. Além disso, o legislador argumentou – estranhamente, diga-se de passagem – que a sociedade brasileira, ao contrário dos Estados Unidos, seria fundada no princípio da autoridade e não no contrato social, o que impediria que o acordo penal fosse recepcionado por aqui.[20]

A solução aparentemente milagrosa para as mazelas da administração judiciária penal brasileira que o acordo representa traz consigo inúmeras implicações dos pontos de vista prático e principiológico, que não deveriam passar despercebidas.

Nesse contexto, tornam-se imprescindíveis o estudo e a discussão de experiências anteriores de outros países com a adoção do acordo penal, para que se possa refletir sobre o benefício de tal assimilação e evitar possíveis efeitos desastrosos. Sabedoria é absorver a experiência alheia como forma de prevenir erros evitáveis.

Aqui, far-se-á a análise da adoção do acordo penal[21] na Alemanha. Ainda que a influência mundial da tradição processual penal alemã seja, cada vez mais, substituída pelo modelo processual estadunidense, o que já foi sinalizado como "prenúncio da derrocada da cultura jurídica alemã",[22] a experiência alemã nos é extremamente valiosa, já que nossos sistemas jurídico-filosófico e jurídico-penal são fortemente influenciados por aquele país.

3. O ACORDO NA ALEMANHA

3.1 Desenvolvimento

A maior e mais significativa mudança no processo penal alemão nas últimas décadas foi, possivelmente, a controversa introdução do *plea bargaining* norte-americano.[23] O acordo penal surgiu na Alemanha somente nos anos 70, começando como uma prática *contra legem*, confidencialmente e sem observância ao

20. Em parecer disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143412&tp=1], p. 136. Acesso em: 21.10.2014

21. (N.T.) Opta-se por traduzir o termo original *Absprache* como acordo penal e não como transação, por ele se diferenciar, e muito, do instituto brasileiro da transação penal, como visto acima.

22. Assim SCHÜNEMANN, Bernd. *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur* cit., p. 7.

23. Mais sobre essa introdução em SCHÜNEMANN, Bernd. Die informellen Absprachen als Überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens, in: FEZER, Gerhard; SCHLÜCHTER, El-

Código de Processo Penal;[24] uma prática que "nasceu em conversas telefônicas estritamente confidenciais, em gabinetes e até mesmo no toalete".[25] Nos anos 80, o acordo penal foi elevado a um tema da moda e noticiado pela primeira vez pelo advogado de Frankfurt *Hans-Joachim Wieder*, sob o pseudônimo de "Detlef Deal".[26] Em 1986 e 1987 uma pesquisa representativa foi conduzida por *Schünemann*, para que se soubesse com que frequência os acordos penais eram realizados, tendo a grande maioria dos juízes admitido praticá-los.[27]

A grande propagação do acordo penal pode ser explicada por interesses pessoais e práticos (como economia de tempo) da "elite da sala de audiência",[28] especialmente dos juízes e promotores, que são sobrecarregados – ainda que o número de pessoal nos órgãos da Justiça penal alemã tenha aumentado[29] – e cujo trabalho é, cada vez mais, avaliado por critérios quantitativos. A partir dos anos 70, a persecução penal foi intensificada[30] e tipos penais novos e complexos foram criados e reforçados (por exemplo: leis de direito penal econômico, ambiental e tributário, lei de drogas etc.). Esses novos tipos penais acarretam procedimentos longos e detalhados e trazem, por isso, dificuldades na con-

---

len; RÖSSNER, Dieter; ARZT, Gunther; WEBER, Ulrich (Hrsg.). *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*. Bielefeld: Gieseking, 1992. p. 368 e ss.

24. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 27. ed. München: C. H. Beck, 2012. p. 98.

25. SCHÜNEMANN, Bernd. *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur* cit., p. 10 (tradução própria).

26. DEAL, Detlef (Pseudônimo). *StV* 1982. p. 545.

27. Ver SCHÜNEMANN, Bernd. Die informellen Absprachen als Überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens, in: FEZER, Gerhard; SCHLÜCHTER, Ellen; RÖSSNER, Dieter; ARZT, Gunther; WEBER, Ulrich (Hrsg.). *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*. Bielefeld: Gieseking, 1992. p. 363.

28. Juízes, promotores e advogados, como explica Schünemann em SCHÜNEMANN, Bernd. Die Urteilsabsprachen im Strafprozess – ewige Wiederkunft des Gleichen?, in: HILGER, Hans; KÜPER, Winfred; ROXIN, Claus; ZÖLLER, Mark A. (Hrsg.). *Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag*. Berlin: Ducker e Humblot, 2013. p. 113. Sobre os interesses egoístas: STUCKENBERG, Carl Friedrich. *ZIS* 2013. p. 2016 e PRADO, Geraldo. A transação penal quinze anos depois. Disponível em: [www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20%20A%20Transação%20Penal%20Quinze%20Anos%20Depois.pdf]. Acesso em: 20.02.2014. p. 8.

29. Conferir as referências em RIESS, Peter. Zur Entwicklung der Geschäftsbelastung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit. *DRiZ*, 1982. p. 464.

30. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 90; FEZER, Gerard. Inquisitionsprozess ohne Ende? Zur Struktur des neuen Verständigungsgesetzes. *NStZ* 2010. p. 178.

dução da prova.[31] Eles demandam, assim, muito tempo,[32] de modo que um acordo penal é ali festejado.[33] Além disso, a crescente substituição das antigas teorias retributivistas pelo princípio da prevenção[34] poderia ajudar a explicar o porquê de a prática do acordo penal ter sido tão difundida.

No âmbito dessa realidade processual, a 4.ª Turma do *Bundesgerichtshof (BGH)* se expressou em 28.08.1997 sobre o acordo penal, denominando como "conversa prévia" (*Vorgespräch*) o acordo feito fora da audiência de instrução e julgamento. Além disso, declarou a legalidade do acordo penal[35] e tentou, pela primeira vez em 20 anos de acordos penais, por assim dizer, domesticá-los, vinculando-os a algumas regras.[36] Segundo o *BGH*, a condenação não poderia ser objeto do acordo, a autonomia da vontade (*freie Willensentscheidung*) do acusado deveria ser respeitada, a renúncia a recurso seria proibida,[37] o acordo propriamente dito deveria ocorrer no âmbito da audiência de instrução e julgamento,[38] todas as partes deveriam participar no acordo, o resultado do acordo deveria constar na ata da audiência, a Corte não poderia prometer uma pena específica[39] etc. Posteriormente, essas regras foram sugeridas pela 4.ª Turma como disposições legais no projeto de discussão para uma reforma do processo penal, de 18.02.2004. O Orgão Especial[40] confirmou em 2005[41]

31. RAUXLOH, Regina E. Formalisation of plea bargaining in Germany – Will the New Legislation be able to square the Circle? *Fordham International Law Journal*, 2010. p. 304.
32. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 90.
33. Nesse contexto de persecução penal, o *BGH* tentou limitar o direito à requerimento de prova (*Beweisantragsrecht*), conferir em FEZER, Gerard. *NStZ* 2010. p. 179.
34. SCHÜNEMANN, Bernd. Die Verständigung im Strafprozess – Wunderwaffe oder Bankrotterklärung der Verteidigung? *NJW* 1989. p. 1898.
35. BGHSt 43, 195.
36. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 98. Mais sobre o tema: SIOLEK, Wolfgang. Zur Fehlentwicklung strafprozessualer Absprachen, in: HANACK, Ernst-Walter; HILGER, Hans; MEHLE, Volkmar; WIDMAIER, Gunter (Hrsg.). *Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter, 2002. p. 566.
37. Na maioria dos casos não foi interposto recurso e mais frequentemente ainda, abriu-se mão dele expressamente, sobre isso: BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 6.
38. Ressalte-se que a ocorrência da audiência de instrução e julgamento seria aqui meramente formal e não substancial (com atos de produção de prova).
39. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm 6.
40. O chamado *Großer Senat für Strafsachen*.
41. BGHSt 50, 40.

os requisitos da 4.ª Turma Criminal para a admissibilidade do acordo penal,[42] descreveu o acordo como uma construção judicial *praeter legem* (*Rechtsfortbildung*)[43] da *Strafprozeßordnung* (*StPO*),[44] motivado pelas exigências inegáveis de devida atuação da jurisdição penal[45] e exortou o legislador a regulamentar esses requisitos,[46] embora as linhas mestras não tenham sido completamente estabelecidas.[47]

O legislador deu ouvidos a essa exortação. Em 2009, entrou em vigor a chamada Lei de Acordo,[48] que legalizou formalmente o acordo penal, como uma tentativa de restringir a prática do acordo e proteger os princípios do Estado de Direito, e adicionou no ordenamento o § 257c da *StPO*, que estabeleceu as bases e inseriu oficialmente o acordo penal no sistema processual penal alemão.[49] No entanto, essa tardia regulamentação não foi suficiente para prevenir na prática a inobservância da lei, como demonstrou a pesquisa empírica de *Altenhain*.[50] Permanece a questão se o § 257c da *StPO* está em conformidade com os princípios processuais penais alemães constitucionalmente elencados e se ele pode assegurar os valores de verdade e justiça, como se verá adiante.[51]

O acordo penal é hoje uma realidade processual na Alemanha: 80% dos magistrados entrevistados nos estudos de *Altenhain* confessaram já ter reali-

42. Conferir as referências em ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 98.

43. Forma de ciência do direito feita através da interpretação legal, por meio da qual se cria direito vigente.

44. Código de Processo Penal alemão.

45. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 7.

46. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 7.

47. Conferir as referências em *Siolek*, FS-Rieß cit., p. 567.

48. *Verständigungsgesetzt*. Referências em BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 2.

49. Como explica *Fezer* em FEZER, Gerhard. *NStZ* 2010. p. 177.

50. Entre 17 de abril e 24 de agosto de 2012, o professor de Düsseldorf conduziu inquirições com 190 juízes criminais da Renânia do Norte Vestfália sobre a prática de acordo penal no ano de 2011. Os resultados mostraram que a prática dos acordos penais ainda ocorre livre e informalmente, apesar das restrições dos dispositivos do Código de Processo Penal, conferir em ALTENHAIN, Karsten; DIETMEIER, Frank; MAY, Markus. *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*. Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 36-37.

51. Conferir IGNOR, Alexander. Showdown in Karlsruhe. *StV* 2012. Heft 11. Editorial. Disponível em: [www.strafverteidiger-stv.de/system/files/users/user5/StV_11-2012_Editorial_0.pdf]. Acesso em: 20.02.2014, editorial. Cf. posteriormente será demonstrado, ver nota n. 219.

zado acordos penais, enquanto 95% dos advogados e 82,4% dos promotores entrevistados já estiveram, ao menos uma vez, envolvidos em acordos penais.[52]

3.2 O funcionamento do acordo

3.2.1 O plea-bargaining *original*

O processo penal norte-americano tem como sistema de descobrimento da verdade o *adversary process*, que, para alguns, se mostraria mais acertado para a investigação da verdade,[53] uma vez que partes que lutam entre si seriam mais dedicadas à produção da prova do que um juiz inquisitório.[54] Nesse modelo, o veredito é um resultado do triunfo de um parte processual. Nos Estados Unidos, o *plea bargaining* é usado há muito tempo,[55] embora a sua conformidade com a cláusula do *due-process* e com o princípio do Estado de Direito tenha sido reconhecida apenas nos anos 70 pela Supreme Court.[56] Lá, o *guilty plea* é acordado entre a defesa e o Ministério Público (representante da denúncia),[57] através de uma *plea negotiation*.[58] Cabe ao juiz, apenas, comprovar a autonomia

52. ALTENHAIN, Karsten; DIETMEIER, Frank; MAY, Markus. Op. cit., p 28.

53. Conferir as referências em SCHÜNEMANN, Bernd. Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells, in: WESSLAU, Edda; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter, 2008. p. 562.

54. Essa ideia é entretanto questionável. Primeiro porque no modelo adversatorial as partes não se orientam pelo encontro da verdade, mas por objetivos estratégicos. Segundo, porque há uma enorme diferença entre a forma com que um juiz e as partes fazem perguntas e interpretam as suas respostas – o que é denominado por Schünemann como uma discrepância entre o horizonte de compreensão das partes e o do juiz. Por fim, porque o juiz como mero ouvinte precisa deixar eventuais perguntas em aberto (assim como os jurados, que decidem sobre a culpabilidade, não tem direito a fazer perguntas). Conferir SCHÜNEMANN, Bernd. FS- Fezer cit., p. 563-564; ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 87.

55. Nos Estados Unidos, em 90% de todos os casos criminais nas Cortes Federais são praticados "*plea bargaining*". Ver. SCHUMANN, Karl. *Der Handel mit Gerechtigkeit*: Funktionsprobleme der Strafjustiz und ihre Lösungen – am Beispiel des amerikanischen Plea bargaining. 1. Ed. Frankfurt/Main: Suhrkamp Verlag, 1977. p. 79.

56. Brady vs. United States, 387 US 742 (1970). Disponível em: [http://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/]. Acesso em: 20.10.2014.

57. Como esclarecido em ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 95.

58. Para evitar uma ideia mercantil de negociação, a Armerican Bar Association (ABA) utiliza o termo *plea agreements* ou *plea discussions*, conferir em SCHUMANN, Karl. Op. cit., p. 76.

da vontade no âmbito da confissão[59] e, no caso de não cumprimento das condições do *plea bargaining*, deve revogá-lo ou torná-lo sem efeito.[60] No processo penal norte-americano, as partes têm plenos poderes de disposição e podem transigir sobre o objeto processual, através da retirada da queixa ou do reconhecimento da culpa (*guilty plea*) do acusado.[61] O *guilty plea* é, assim, um ato de disposição, e não um meio de prova; no caso de o Ministério Público não cumprir o acordado, a condenação baseada no *guilty plea* deve ser revogada.[62] Uma investigação da culpa na fase de instrução e julgamento só entra então em questão quando o acusado se negar a depor ou se declarar inocente, pois o reconhecimento da culpa é aceito e essa declaração não será mais comprovada pelo Estado. Percebe-se que, no processo penal norte-americano, as partes não estão vinculadas à verdade material e possuem uma maior capacidade de disposição sobre o objeto processual, de modo que no caso de um acordo penal, uma verdade meramente formal já basta.[63] O acordado pelas partes é aceito como verdade, como o reconhecimento (*Anerkenntnis*) no processo civil alemão,[64] e a verdade material é, então, substituída pelo consenso.[65] Entretanto, é extremamente importante observar que, no caso de uma tentativa frustrada de acordo, ocorrerá a fase de instrução e julgamento ordinária diante dos jurados, que desconhecem de todo a tentativa anterior de acordo e são assim, imparciais.[66] O fundamental é que no *Adversary System* nenhum órgão

59. Como esclarece SEIER, Jürgen. Der strafprozessuale Vergleich im Lichte des § 136a StPO. *JZ* 1988. p. 683. No caso da negativa judicial em ratificar o acordo, por desrespeito a direito do acusado, o juiz deve revogar a negociação com o Ministério Público ou modificar a *plea* para *not guilty*.

60. SCHÜNEMANN, Bernd. *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur* cit., p. 22.

61. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 95.

62. Como esclarece CRAMER, Peter. Absprache im Strafprozess, in: REBMANN, Kurt; EYRICH, Heinz; ODERSKY, Walter; SÄCKER, Franz-Jürgen (Hrsg.). *Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 1996. p. 157.

63. Embora para *Cramer* não possa ser entendido assim, conferir CRAMER, Peter. FS-Rebmann cit., p. 156. Mais sobre isso em *Weichbrodt*, Korinna: *Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen*: Zugleich ein Beitrag zur Reformdiskussion unter besonderer Berücksichtigung der italienischen Regelung einvernehmlicher Verfahrensbeendigung. 2. ed. Berlin: Duncker und Humblot, 2006. p. 83.

64. JAHN, Matthias. Erforschung der Wahrheit mit Hilfe des formlosen Vorhalts? in: HILGER, Hans; KÜPER, Winfred; ROXIN, Claus; ZÖLLER, Mark A (Hrsg.). *Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag*. Berlin: Ducker e Humblot, 2013. p. 118.

65. SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Fezer cit., p. 560.

66. SCHÜNEMANN, Bernd. *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur* cit., p. 27.

processual é obrigado à produção de prova e o veredito pode se basear apenas no *guilty plea* do acusado.[67]

*3.2.2 O acordo penal alemão (*Absprache*)*

a) O processo penal alemão

O processo penal alemão, por sua vez, conecta princípios do processo inquisitivo aos do chamado "processo acusatório puro".[68] Ele não é um processo de partes, pois o Código de Processo Penal (*StPO*) estabelece, em seu § 244, II, o princípio da investigação da verdade material e o dever judicial de esclarecimento,[69] de forma que é dever do Estado (representado pelo juiz) definir e comprovar o conteúdo de verdade dos fatos. No processo civil alemão, no qual estão em jogo apenas interesses privados, vale o chamado princípio do dispositivo (*Verhandlungsmaxime*), ou seja, as partes devem se preocupar com as bases do julgamento e são responsáveis por elas:[70] elas devem produzir provas e o juiz fica vinculado a tais provas, assim como às declarações unânimes das partes.[71] A verdade no processo civil é um balanço de interesses e é construída pelas partes (uma verdade formal).[72] No processo penal alemão, ao contrário, vale o princípio inquisitivo (*Ermittlungsgrundsatz*),[73] segundo o qual o juiz precisa investigar o caso[74] e não está vinculado a declarações e provas das partes. De fato, a verdade no Processo Penal é descoberta e não construída, pois aqui não estão em jogo apenas interesses privados. O direito penal é a for-

67. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 87; Segundo *Schumann*, mesmo a mera resposta "sim" ou "não" à pergunta do juiz acerca da culpa já é admitida como *guilty plea*, ver SCHUMANN, Karl. Op. cit., p. 77.

68. ROXIN, Claus; *Schünemann*, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 87.

69. O dispositivo diz expressamente que "na investigação da verdade, a Justiça deve estender de ofício a produção da prova a todos os fatos e meios de prova que sejam significativos para a decisão". Ver referências em CRAMER, Peter. FS-Rebmann cit., p. 155; SCHÜNEMANN, Bernd. Informelle Absprachen und Vertrauensschutz im Strafverfahren. *JZ* 1989, p. 985.

70. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 85-86.

71. § 288 e § 282 do Código de Processo Civil alemão (*ZPO*).

72. JAHN, Matthias. Die Konsensmaxime in der Hauptverhandlung. *ZStW* 2006. p.118.

73. Também denominado princípio instrutório ou inquisitivo (*Instruktions/Inquisitionsprinzip*), ver em ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 86 e p. 96.

74. § 155, II da *StPO*.

ma mais profunda de intromissão na liberdade de uma pessoa, de modo que a legitimação para tamanha intromissão precisa ser muito mais forte do que uma verdade meramente formal. Como veremos, essa legitimação só pode ser dada pelo princípio da culpabilidade.

A busca da verdade implica não apenas no produção de provas, mas também na apreciação dessas provas. Por isso, o descobrimento da verdade se diferencia em duas fases: a produção das provas e a apreciação das provas, que estão reguladas no § 244 e § 261 da *StPO*, respectivamente.

De um lado, o § 244 da *StPO* regula a produção da prova, através do dever judicial de esclarecimento (§ 244, II, da *StPO*) e do direito a requerimento de prova (§ 244, III-V, da *StPO*). Essa primeira norma determina, como já dito,[75] que o juiz possui o dever de investigar a verdade, independentemente das provas trazidas pelas partes, o que é chamado de "princípio da investigação" (*Untersuchungsgrundsatz*) ou máxima inquisitiva (*Inquisitionsmaxime*).[76] Ou seja, ele não está vinculado a requerimentos das partes.[77] O acusado e a defesa têm a possibilidade de interferir e direcionar o descobrimento da verdade,[78] através do mecanismo de interposição de requerimentos de prova, de modo que ocorra efetivamente um processo em contraditório, em acordo com o Estado de Direito.[79]

Entretanto, o dever de esclarecimento judicial não pode, de forma alguma, em um modelo de Estado de Direito, legitimar a busca pela verdade a qualquer preço.[80] O descobrimento da verdade material é, ao invés disso, limitado por direitos fundamentais do acusado.[81]

75. Cf. acima, nota 69.

76. THEILE, Hans. Wahrheit, Konsens und § 257c StPO. *NStZ* 2012. p. 667.

77. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 373.

78. SPENDEL, Günter. *JuS* 1964. p. 467; THEILE, Hans, *NStZ* 2012, p. 666.

79. Essa participação é extremamente vantajosa para o encontro da verdade, como explica Spendel: "'quanto maior a resistência, maior o progresso', diz um ditado. Justamente o contraste de opiniões, essa colisão de interesses contrários, é que impulsiona o entendimento a ir além e faz com que o julgamento seja a síntese do juiz da tese sobre a antítese das partes. A antitética das observações processuais e formas de pensar deve impactar, por isso, no descobrimento da verdade no processo penal e dá a ele marcas particulares", em SPENDEL, Günter. *JuS* 1964. p. 467 (tradução própria).

80. GRECO, Luís. Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft – Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht. *Tese de Livre-docência apresentada junto à Universidade Ludwig Maximilian de Munique*, 2013. (ainda não publicada). p. 187.

81. SPENDEL, Günter. Wahrheitsfindung im Strafprozess. *JuS* 1964. p. 467.

Após a fase de esclarecimento dos fatos, as provas produzidas serão avaliadas e a convicção do juiz é formada. Enquanto o § 244, II, da *StPO* determina genericamente o dever de investigação da verdade, o § 261 da *StPO*[82] apresenta o caminho para a investigação da verdade, já que estipula, através da frase "do conteúdo da instrução e julgamento", que a convicção judicial deva ser construída livre e exclusivamente do conteúdo da audiência de instrução e julgamento.[83] A estrutura da audiência de instrução e julgamento, como concebida, de acordo com um "ritual formalmente rígido"[84] é exatamente a fase apropriada para essa formação da convicção, fase essa em que o juiz pode encontrar todos os elementos necessários para a apreciação da prova e a participação das partes é possibilitada.[85]

A grande reforma processual penal no meio do século XIX[86] foi levada a cabo também sob a bandeira do princípio da verdade material, que já vinha do processo inquisitório e fundamenta os poderes de iniciativa probatória do juiz alemão.[87] Entretanto, com a mencionada reforma, as possibilidades de descobrimento da verdade foram limitadas, de modo que deveriam ocorrer diretamente em uma audiência de instrução e julgamento oral, na qual o acusado tivesse a oportunidade de participar.[88] Assim nasceu essa estrutura fundamental para o descobrimento da verdade no processo penal alemão: a audiência de instrução e julgamento inquisitorial, pública e oral,[89] na qual

82. O artigo determina que "o juiz decidirá sobre o resultado da produção de provas, de acordo com a sua livre convicção, extraída *exclusivamente* da *audiência de instrução e julgamento*". Já o correspondente no CPP brasileiro, art. 155, é mais amplo ao dizer que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida *em contraditório judicial*, não podendo fundamentar sua decisão *exclusivamente* nos elementos da investigação, *ressalvadas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*.

83. ARZT, Gunther. Zum Verhältnis von Strengbeweis und freier Beweiswürdigung, in: BAUMANN, Jürgen; TIEDEMANN, Klaus (Hrsg.). *Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1974. p. 223.

84. SEIER, Jürgen. *JZ* 1988. p. 683.

85. SCHÜNEMANN, Bernd. *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur* cit., p. 26.

86. Através da Reichsstrafprozessordnung ou Código de Processo Penal do império, de 1877.

87. FEZER, Gerard. *NStZ* 2010. p. 177; SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Wolter cit., p. 1114.

88. SCHÜNEMANN, Bernd. Risse im Fundament, Flammen im Gebälk: Die Strafprozessordnung nach 130 Jahren. *ZIS* 2009. p. 484; ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 344.

89. SPENDEL, Günter. *JuS* 1964. p. 473.

o juiz coleta todas as provas relevantes para o caso, sendo que o julgamento se baseia, no fim, exclusivamente "no conteúdo da audiência de instrução e julgamento".[90]

O princípio da livre apreciação da prova expresso no § 261 da *StPO* determina expressamente a forma de avaliação dos meios de prova,[91] de modo que o juiz não está vinculado a uma hierarquia entre as provas, mas sim, deve formar sua convicção livremente do ponto de vista da organização e relevância das provas, ou seja, sem que esteja previamente estipulado sob quais condições e implicações deva chegar a uma convicção.[92] O juiz não só tem a possibilidade de avaliar todas as provas obtidas na audiência de instrução e julgamento, como também é obrigado a apreciar todas elas. Ele só está autorizado a condenar o acusado quando considerar os fatos verdadeiros, sem que haja qualquer dúvida.[93] Esse convencimento deve, entretanto, ser passível de controle através da supervisão por outra instância,[94] para que se confirme que o resultado se origina de um pensamento racional e não consiste em meras suposições, o que protege o acusado de estimativas errôneas do juiz.[95]

Como se vê, os § 244, II e § 261 da *StPO* exigem uma interpretação conjunta e dificilmente podem ser separados, pois juntos formam a base do processo

90. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 98.

91. SPENDEL, Günter. *JuS* 1964. p. 473.

92. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 389; KRAUSE, Friedrich-Wilhelm: Grenzen richterlicher Beweiswürdigung im Strafprozess, in: BAUMANN, Jürgen; TIEDEMANN, Klaus (Hrsg.). *Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*. Tübigen: Mohr Siebeck, 1974. p. 329.

93. ROXIN, Claus; *Schünemann*, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 389.

94. Afim de possibilitar esse controle, sem prejuízo da verdade material com a criação de normas de decisão, a doutrina e jurisprudência trouxeram a solução da "alta probabilidade objetiva" (*hohe objektive Wahrscheinlichkeit*). De acordo com Roxin e Schünemann, ela consiste "em que a convicção subjetiva do juiz deva ir de encontro, pelo menos, com uma alta probabilidade objetiva das pressuposições da Justiça sobre o caso. No entanto, a eficiência dessa fórmula não deve ser hiperestimada, pois, na falta de uma documentação neutra sobre os resultados das provas em uma audiência de instrução e julgamento como instrumento de controle, a "alta probabilidade objetiva", que se estrutura em parte considerável na plausibilidade da experiência cotidiana, só poderá apresentar as motivações escritas da decisão. Assim só se pode examinar a sua conclusão interna, mas não a sua real concordância com o conteúdo de uma produção de provas", ver ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 389 (tradução própria).

95. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 389.

penal alemão: o encontro da verdade na audiência de instrução e julgamento pública e oral.

b) O modelo de acordo penal desenvolvido na Alemanha

O acordo penal se materializou na Alemanha através da confissão, que só pode ser usada para o estabelecimento de uma pena mais branda, através da chamada "tesoura da pena"[96] (que é a diferença entre uma pena mitigada a ser imposta no caso de uma confissão por acordo penal e a pena no caso de um julgamento sem a confissão). Na prática, o acusado, após o fornecimento de uma confissão, é condenado a uma pena mais leve, sem que haja a produção de prova, de forma que a Corte – sem a comprovação da veracidade da confissão dada – praticamente abre mão do fim último da verdade material.[97]

O que se negocia não é o objeto do processo, como nos Estados Unidos, mas apenas uma pena numericamente definida, que é menos severa do que a pena atribuída no caso de um processo ordinário.[98] Uma outra diferença em relação ao processo estadunidense é o fato de que, na Alemanha, o acordo é selado entre o Juízo e o acusado. Além disso, inexiste para o juiz criminal alemão tabelas de cálculo da pena ou diretrizes pelas quais deva se orientar: ele pode determinar livremente (e porque não, arbitrariamente?) a pena, dentro das margens legais, o que fere os ideais de verdade e justiça.[99] Teoricamente, a Justiça deve respeitar o princípio da culpabilidade para a fixação da pena, mas na prática inexistem diretrizes e os juízes possuem liberdade demasiada. No que diz respeito ao princípio da visibilidade, as negociações preliminares são conduzidas na Alemanha informalmente, privadamente, e sem a presença do acusado,[100] da mesma forma que as *plea negotiations* nos Estados Unidos. A decisão BGHSt 43, 195 impõe que apenas o acordo propriamente dito, e não as negociações que o antecedem, deve constar no registro da audiência de instrução e julgamento.[101]

Como se vê, com o acordo penal alemão todas as conquistas do processo penal reformado são ignoradas, pois o juiz, como parte, reúne em si as fun-

96. (N.T.) em alemão, *Sanktionsschere*.

97. FEZER, Gerard. *NStZ* 2010. p. 179.

98. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 99.

99. SCHÜNEMANN, Bernd. *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur* cit., p. 25.

100. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 99.

101. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 99.

ções de investigador, acusador e julgador, em uma assustadora concentração de poder, ilegítima em um modelo de Estado de Direito.[102] Como resultado, o acusado se sente pressionado pelo aparato estatal a aceitar a oferta de acordo.[103] Além do mais, é problemático que o juiz alemão aja como parte e assuma a iniciativa do acordo, pois existe uma graduação de poder entre ele e a defesa e, no caso de nenhum acordo se realizar, o mesmo juiz – como se nada tivesse acontecido – conduzirá a instrução e julgamento e sentenciará o caso.

Nesse contexto, a oferta do Estado pode ser extremamente vantajosa para o acusado culpado, mas não para qualquer acusado: um acordo penal pode ser prejudicial ao acusado quando ele é inocente ou quando contra ele existam apenas fracos indícios no inquérito. Isto, pois um acordo impede, de um lado, a absolvição, por impedir a investigação da verdade através de um processo regular e exclui, de outro, a possibilidade da aplicação do princípio do "in-dubio-pro-reo" em caso de dúvida, já que não deixa qualquer espaço para o surgimento de dúvida, o que poderia ocorrer no processo ordinário.[104] Assim, o resultado final do acordo será para o réu inocente ou para aquele contra o qual figuram fracos indícios de culpa, sempre menos benéfico do que a absolvição pela inocência comprovada ou pela dúvida, que ele faria jus em um processo "normal", onde se produzem provas.

Como foi dito, nos Estados Unidos, o *guilty plea* não é considerado um meio de prova no âmbito de um acordo penal. O seu conteúdo é simplesmente aceito como verdade e não será comprovado pelo Estado, de modo que vale uma verdade meramente formal.[105]

Entretanto, na Alemanha o *guilty plea* foi substituído pela confissão, que figura como mero meio de prova,[106] ainda que não seja prova formal no sentido da produção de provas descrita no § 244 da *StPO*, que, pela sistematização do Código, só começa após a declaração do acusado sobre os fatos (§ 243, parte V, da *StPO*).[107]

---

102. SCHÜNEMANN, Bernd. Die Zukunft des Strafverfahrens – Abschied vom Rechtsstaat? *ZStW* 2007. p. 945 e ss. e ainda, ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 104.

103. Cf. abaixo, notas n. 133 a 135.

104. Sobre o princípio do "in-dubio-pro-reo": HOYER, Andreas. *Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip „in dubio pro reo"*. ZStW 1993. p. 523.

105. Cf. acima, nota n° 63.

106. ROXIN, Claus; *Schünemann*, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 99.

107. SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Wolter cit., p. 1122.

Esse modelo de processo penal consensual provoca a abreviação do processo e esvazia, assim, a audiência de instrução e julgamento e a produção de provas.[108] No entanto, o processo penal alemão, como originalmente construído, tem o seu núcleo de ferro na oralidade da audiência de instrução e julgamento,[109] que, conforme o direito a um julgamento justo,[110] é, como dito, a única fase realmente própria para a produção de provas.[111] Assim, devido ao impreterível dever judicial de descobrimento da verdade material, a confissão obtida como moeda de troca no acordo penal não poderia ser automaticamente aceita para a formação da convicção judicial, sem garantia da sua veracidade, já que a descrição do acusado não necessariamente corresponde à verdade, pois ele – como envolvido – possui o interesse em uma pena menos severa. Uma confissão formal enxuta (o chamado *schlankes Geständnis*), isto é, o mero reconhecimento da acusação contida na denúncia, também é insuficiente.[112]

O dever judicial de comprovação da confissão não é em si mesmo um ato de produção de provas, mas apenas a concretização do próprio dever judicial de esclarecimento.[113] A razão de ser do dever de esclarecimento é não limitar o juiz à prova elencada pelo Ministério Público na denúncia, mas possibilitar um espectro mais amplo que assegure a verdade material, isto é, uma complementação da produção de prova.[114]

Percebe-se que a recepção do *plea bargaining* norte-americano na Alemanha estava, desde o início, fadada ao fracasso, já que a confissão precisaria ter sua veracidade criticamente comprovada pelo juiz[115] e o acordo penal praticamente acaba com a audiência de instrução e julgamento pública e oral como o centro de decisão.[116]

---

108. Conferir SCHÜNEMANN, FS-Baumann cit., p. 373; *Fezer*, Gerard. *NStZ* 2010. p. 177.

109. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 101.

110. Conforme o art. 6.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e o princípio do Estado de Direito (art. 20, § 3, da Constituição alemã), combinados com os direitos à liberdade (art. 1, § 1, da Constituição Alemã).

111. Cf. acima, ver nota 85.

112. STUCKENBERG, Carl Friedrich. Entscheidungsbesprechung zu BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11. *ZIS* 2013. p. 215; SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Baumann cit., p. 373

113. SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Wolter cit., p. 1122.

114. SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Wolter cit., p. 1122.

115. SCHÜNEMANN, Bernd. *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur* cit., p. 23 e o mesmo autor em: Absprachen im Strafverfahren? cit. p. 82.

116. SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Fezer cit., p. 570.

GROSSI, Ana Claudia. Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da Justiça? Subsídios para um debate, a partir da experiência alemã. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

Com a abreviação do processo, o dever judicial de esclarecimento e a obrigação judicial de formação da convicção exclusivamente na audiência de instrução e julgamento (§ 244, II, e § 261 da *StPO*) – instrumentos tradicionais e indispensáveis para o encontro da verdade material e para a superação da presunção de inocência[117] – são fortemente influenciados e prejudicados.

3.3 Problemas decorrentes da adoção do acordo penal na Alemanha

De acordo com o princípio da culpabilidade, ninguém pode ser punido sem que haja um processo regular, no qual a culpa seja comprovada. Ou seja, a pena pressupõe culpa.[118] O princípio da culpabilidade apoia-se constitucionalmente na garantia da dignidade humana, na responsabilidade pessoal,[119] bem como no princípio do Estado de Direito[120] e só pode se materializar através de um processo no qual a verdade dos fatos é investigada.[121] Isso significa que o princípio da culpabilidade só pode ser respeitado por um processo que busque a verdade material, o que corresponde também à ideia de justiça.[122]

A investigação da verdade é, consequentemente, a tarefa mais importante do processo penal,[123] pois o descobrimento da verdade é um pressuposto para a aplicação correta do *ius puniendi* estatal, representada pela aplicação de pena adequada e realização de justiça no caso concreto.

A culpabilidade é, portanto, condição indispensável para uma pena legítima.[124] Não se pode condenar alguém como culpado só porque este se declara culpado. Primeiro, porque a declaração em si não basta para comprovar a culpa e superar a presunção de inocência.[125] Segundo, porque o Estado não pode tolerar a punição de um inocente, o que iria contra a ideia comum de justiça. Uma pena legítima deve sempre partir de um real comportamento errado e não

117. SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Fezer cit., p. 560.

118. Mais sobre isso em ROXIN, Claus. *Strafrecht AT I*. 4. Ed.. München: C. H. Beck, 2006. p. 92–93.

119. Art. 1, I da GG e art. 2, I da GG; BVerfGE 45, 187 (227).

120. Conferir BVerfGE 20, 323 (331); BVerfGE 57, 250 (275).

121. SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Wolter cit., p. 1114-1115; BVerfGE 57, 250 (275); BVerfG, NJW 2013, p. 1058, nm. 56.

122. GRECO, Luís. Op. cit., p. 168-170.

123. SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Fezer cit., p. 559; BGHSt 9, 280.

124. SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Wolter cit., p. 1115.

125. SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Fezer cit., p. 560.

é o bastante que o envolvido manifeste sua concordância com ela.[126] Por fim, uma pena sem culpa não seria preventivamente adequada.

No entanto, com a abreviação do processo pelo acordo penal e a extinção *de facto* da audiência de instrução e julgamento com produção de provas, a busca da verdade é interrompida e a "Justiça penal se transforma em administração judiciária penal".[127]

Nos Estados Unidos, a doutrina se utiliza da autonomia privada e da liberdade de disposição das partes para legitimar o acordo penal através do consenso.[128] Em muitos países, a verdade material é, cada vez mais, vista como um absurdo inquisitorial e o processo civil influencia cada vez mais o processo penal.[129] Mesmo na Alemanha, uma parte da doutrina defende que o consenso do acusado pode ser a legitimação para a validade de uma decisão,[130] correspondendo ao princípio *volenti non fit iniura*.[131] Alguns até mesmo enxergam o consenso no processo penal como um contrato, que deveria ser respeitado com base na liberdade de disposição da autonomia privada.[132]

126. GRECO, Luís. Op. cit., p. 273.

127. SCHUMANN, Karl. Op. cit., p. 12.

128. Conferir as referências em *Greco*, Luís. Op. cit. p. 265.

129. Como, por exemplo, nos Estados Unidos e no Brasil, no qual em muitas universidades ainda é ofertada a disciplina "Teoria Geral do Processo". Conferir as referências em: SCHUMAN, Op. cit.; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 330; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. Op. cit., p. 92. Sobre a Teoria Geral do Processo ver CINTRA, Antonio Carlos de Araújo/GRINOVER, Ada Pellegrini/DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 54.

130. Ver JAHN, Matthias. *ZStW* 2006. p. 457; GRASNICK, Walter: Wahres über die Wahrheit – auch im Strafprozess, in: Jürgen Wolter (Hrsg.). *140 Jahre Goltdammers Archiv für Strafrecht. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul Günther Plötz*. Heidelberg: Decker, 1993. p. 66-67; WESSLAU, Edda. *Das Konsensprinzip im Strafverfahren* – Leitidee für eine Gesamtreform? Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2002; STÜBINGER, Stephan. *Das „idealisierte" Strafrecht*. 1. ed. Frankfurt/Main: Vittorio Klostermann, 2008. p. 565 e ss.; LÜDERSSEN, Klaus. „Regulierte Selbstregulierung" in der Strafjustiz? Ein unorthodoxer Beitrag zur Frage der Legitimation der „Absprachen", in: WESSLAU, Edda; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter, 2008. p. 531–542 e VOGLER, Richard. Konsensuale Elemente im angloamerikanischen Strafverfahren. *ZStW* 2004. p. 148.

131. Conferir as referências em GRECO, Luís. Op. cit., p. 261. *Greco* define ainda o princípio do *volenti non fit iniura* como: "quem concorda com o processo e o seu resultado não tem qualquer direito violado" (tradução própria).

132. Conferir as referências em GRECO, Luís. Op. cit., p. 265.

No entanto, consenso pressupõe voluntariedade; como se pode falar de voluntariedade em uma situação como o acordo penal, no qual não existe qualquer igualdade entre as partes? Sustentar a igualdade entre as partes aqui é uma ficção, ou ingênua ou maliciosa. Quando o todo poderoso Estado, através do Ministério Público ou do juiz (como no modelo alemão), se comporta como parte, o acusado, a parte mais fraca, é praticamente forçado a ceder. Neste ponto, há que se considerar os prejuízos que cada parte tem que contabilizar.[133] Enquanto o juiz coloca em jogo tempo e talvez produtividade, o acusado joga com a sua própria liberdade. Já que o consenso em um acordo penal nunca é voluntário, pois inexiste uma "situação ideal de fala" com uma "igualdade horizontal de chances"[134] e um consenso involuntário não pode vincular, não se pode falar em consenso no acordo penal, mas no máximo, em compromisso.[135]

Além do mais, o consenso como legitimação da pena traz consigo dois problemas essenciais: o de que um inocente poderia ser punido só porque consentiu (o que é intolerável, por violar o princípio da culpabilidade); e o de legitimar que um culpado que não consentiu na pena poderia ser punido.[136]

Os opositores à verdade material como fim processual não podem, no entanto, explicar qual seria então a razão de ser da revisão criminal, se a verdade dos fatos não fosse o fim do processo e uma verdade negociada bastasse. Os críticos partem, na maioria das vezes, do pressuposto de que a investigação de uma verdade material legitimaria um comportamento ilimitado do juiz,[137] e misturam, assim, fim com o meio de se alcançar esse fim: a existência de uma verdade material com as dificuldades e limitações de sua investigação.[138] Os

133. GRECO, Luís. Op. cit., p. 266 e p. 271.

134. THEILE, Hans. *NStZ* 2012. p. 670.

135. Ver SCHÜNEMANN, Bernd. NJW 1989. p. 1899 e GRECO, Luís. Op. cit., p. 269.

136. GRECO, Luís. Op. cit., p. 275 e p. 281; SCHÜNEMANN, Bernd. Die Absprachen im Strafverfahren – Von ihrer Gesetz- und Verfassungswidrigkeit, von der ihren Versuchungen erliegenden Praxis und vom dogmatisch gescheiterten Versuch des 4. Strafsenats des BGH, sie im geltenden Strafprozessrecht zu verankern, in: HANACK, Ernst-Walter; HILGER, Hans; MEHLE, Volkmar; WIDMAIER, Gunter (Hrsg.). *Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter, 2002. p. 535.

137. Aury Lopes Jr. fala em "um inquisidor que está autorizado a extraí-la a qualquer custo", ver LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 136. Em sentido contrário, ver acima, notas 80 e 81.

138. Conferir em BGHSt 14, 358 (365); SPENDEL, Günter. *JuS* 1964. p. 465; THEILE, Hans. *NStZ* 2012. p. 666; ROXIN, Claus/ARZT, Gunther/TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direi-*

fins aqui não justificam os meios: "o bom inquisidor mata o bom juiz, ou, pelo contrário, o bom juiz afasta o inquisidor."[139]

Como essa interessante discussão não é o fim desse trabalho, ela será aqui apenas pontuada e outras considerações ficarão para uma oportunidade futura. Aqui basta observar que a verdade material é o fim último do processo penal alemão, e que há boas razões, cuja força não se restringe a esse processo, para continuar a defender essa visão tradicional.

Na regulamentação legal do acordo penal, o legislador observou a orientação do Órgão Especial do *BGH*, no que diz respeito ao dever judicial de esclarecimento,[140] e criou assim o § 257c, I, da *StPO* que determina expressamente que, apesar do acordo penal, o § 244, II, da *StPO* permanece intocado.[141]

O objetivo do § 257c, I, da *StPO* de harmonizar o necessário encontro da verdade com o acordo penal, conduz a uma extensa produção da prova, mas esquece que a base de um acordo não é a verdade material dos fatos, mas o consenso das partes.[142] Além disso, o parágrafo não determina a forma da produção da prova no processo com acordo penal.

O legislador tentou, através do § 257c da *StPO*, integrar o acordo penal ao modelo processual tradicional, sem interferir na verdade material, o que levou, na verdade, a uma regra deficitária.[143] A geração de uma regra deficitária seria evitável, se o legislador, ao lado, ou antes do modelo processual normal, tivesse criado um modelo consensual, baseado na igualdade de direitos e na participação efetiva, já que esses são os fatores legitimadores centrais de um tipo de processo baseado no consenso e no conceito formal de verdade.[144] A lógica do acordo é a abreviação do processo e o esvaziamento da audiência de instrução e julgamento oral, o que leva à restrição da participação das partes na produ-

---

to Penal e ao Direito Processual Penal. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 154.

139. GRINOVER, Ada Pellegrini/MOREIRA, José Carlos Barbosa. Projeto de Código Processual Penal tipo para a Ibero-América: 1.ª parte – Exposição de motivos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, ano 16, jan.-mar. 1991, p. 119.

140. FEZER, Gerard. *NStZ* 2010. p. 180.

141. Sobre isso afirma *Theile*: "o legislador se posiciona expressamente contra um modelo processual consensual, que deveria ter por base, desde o início, um outro entendimento da verdade", em *Theile*, Hans. *NStZ* 2012. p. 667 (tradução própria).

142. THEILE, Hans. *NStZ* 2012. p. 666.

143. THEILE, Hans. *NStZ* 2012. p. 670.

144. THEILE, Hans. *NStZ* 2012. p. 670.

ção da prova e ao reconhecimento do resultado do inquérito como verdade.[145] Por isso, deveria ocorrer uma participação efetiva e em igualdade de direitos, através do fortalecimento do acusado e dos direitos de defesa no inquérito, por exemplo, através dos direitos à presença obrigatória e a questionamentos.[146]

Já que no processo com acordo penal o trabalho de esclarecimento é reduzido,[147] uma vez que a audiência de instrução e julgamento é na verdade abolida e a produção de prova é substituída pela confissão, e, já que a confissão sozinha não pode garantir a veracidade dos fatos, a doutrina e jurisprudência apresentaram a confirmação da confissão como solução para a garantia da verdade material como fim último do processo penal nos processos com acordo.[148] Entretanto, como deve ocorrer legitimamente essa confirmação?

3.3.1 *A solução do* Bundesgerichtshof (BGH)

Em 1997 o *BGH*[149] julgou o acordo penal sob os aspectos da adequação ao Estado de Direito, da justiça e da necessidade de uma jurisdição penal adequada.[150] A Corte argumentou que, devido à obrigação de descobrimento da verdade, a confissão não poderia fundamentar uma condenação, sem que a Justiça tivesse se convencido da sua veracidade.[151] Em 2005, o *BGH* decidiu que confissões obtidas no âmbito de um acordo penal deveriam ser comprovadas, para se certificar se estariam de acordo com o "estado dos autos" da investigação

145. SCHÜNEMANN, Bernd. *ZIS* 2009. p. 491.

146. THEILE, Hans. *NStZ* 2012. p. 671; SCHÜNEMANN, Bernd. *ZIS* 2009. p. 492.

147. MURMANN, Uwe. Reform ohne Wiederkehr? – Die gesetzliche Regelung der Absprache im Strafverfahren. *ZIS* 2009. p. 533.

148. Evidências em BGHSt 40, 50; FEZER, Gerard. *NStZ* 2010. p. 180. A necessidade de confirmação não ocorre no caso da chamada "confissão qualificada", quando a veracidade possa ser confirmada através de si mesma, ver OTT, Yvone. *Karlsruher Kommentar zur StPO*. PFEIFFER, *Gerd*; *Fischer*, THOMAS (Hrsg.). 7. Ed. München: C. H. Beck, 2013. § 261, Rn. 28ª. § 261, nm. 28a.

149. *Bundesgerichtshof* ou Tribunal Federal Alemão; tribunal federal equivalente ao nosso STJ.

150. BGHSt 43, 195.

151. Na decisão BGHSt 43, 195 (204): "Um acordo penal não pode conduzir à uma condenação baseada na confissão do réu, obtida através de um acordo, sem que a Justiça se convença da veracidade dessa confissão. A Justiça permanece vinculada ao mandamento do descobrimento da verdade. Por isso, a veracidade da confissão precisa ser confirmada; a produção de provas imposta com esse fim não pode ser suprimida" (tradução própria).

preliminar[152] e, para isso, a simples comparação da confissão com os autos já seria suficiente.[153] Entretanto, com essa decisão, a Corte desconsiderou o ponto crucial da impropriedade da investigação preliminar para o embasamento de uma condenação.[154]

Quando o juiz leva a sério seu dever de esclarecimento e finalmente confirma a confissão, essa tarefa de confirmação só poderá se concretizar através dos resultados da investigação preliminar, já que devido ao abreviamento do processo pelo acordo, não há uma verdadeira audiência de instrução e julgamento.[155] Essa solução foi defendida pelo *BGH*.[156]

Entretanto, a mera confirmação da confissão pelo exame do "estado dos autos",[157] isto é, exame dos autos da investigação preliminar, como exigia o *BGH*, não é apropriada para atingir a verdade dos fatos. Um juiz que possui conhecimento dos autos da investigação preliminar acaba sendo fortemente influenciado por esse conhecimento prévio na apreciação das provas, o que foi denominado por *Schünemann* de "efeito da perseverança" (*Perseveranzeffekt*)[158]

152. (N.T.) A Corte usa a expressão *Aktenlage* ou "estado dos autos", para se referir ao panorama fornecido pelos autos da investigação preliminar.

153. Na decisão BGHSt 50, 40 (49): "A confissão, obtida em regra pelo acordo penal, precisa ser confirmada quanto à sua confiabilidade. A Justiça precisa estar convencida da sua veracidade. Para isso, a confissão obtida – que deve ser autoincriminadora e não apresentar grandes dúvidas sobre o caso concreto – deve ser ao menos tão sólida, que seja possível confirmar se ela está em conformidade com 'o estado dos autos', sem que sejam necessários, para isso, demais esclarecimentos sobre os fatos" (tradução própria).

154. Como se demonstrará posteriormente, ver p. 34.

155. SCHÜNEMANN, Bernd. Wetterzeichen einer untergehenden Strafprozesskultur? Wider die falsche Prophetie des Absprachenelysiums. *StV* 1993. p. 659.

156. BGHSt 50, 40, (49).

157. BGHSt 50, 40.

158. Segundo Schünemann, o juiz alemão lê os autos da investigação preliminar para atendimento do dever judicial de esclarecimento e, com base neles, formula seu plano, suas expectativas para a audiência de instrução e julgamento e, assim, por razões psicológicas e práticas, entra contaminado na audiência. Perseverança = aderência a um ponto de vista adotado. O efeito consiste em serem os juízes fortemente influenciados pelos autos da investigação preliminar e, baseados nestes autos, condenarem frequentemente, mesmo em casos em que há uma insegurança acerca da questão da culpa. Conferir: SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Baumann cit., p. 376.; ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 87; SCHÜNEMANN, Bernd. Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz – und Schulterschlußeffekt. *StV* 2000. p. 160; e o mesmo autor em FS-Wolter cit., p. 1115.

e comprovado pelas suas investigações experimentais entre 1979 e 1985.[159] Os estudos mostraram que os juízes se decidem frequentemente por uma condenação devido ao conhecimento dos autos da investigação preliminar, embora os fatos não tenham sido esclarecidos em sua totalidade.[160]

Além disso, a investigação preliminar possui uma função meramente preparatória, devendo fundamentar o oferecimento e o recebimento da denúncia, mas que, na prática do acordo penal, substitui a produção de provas. Os autos da investigação preliminar são formados, na prática, pela polícia, guiada por suas próprias hipóteses de investigação, que só apresentam probabilidades,[161] hipóteses, que, segundo o modelo alemão, só se tornarão mais equilibradas na audiência de instrução e julgamento, através da participação da defesa em um procedimento em contraditório.[162] Ademais, a confiança do juiz na veracidade dos autos da investigação preliminar influencia diretamente o seu comportamento na audiência e isso mostra que uma confissão enxuta não pode fundamentar uma condenação.[163] Na investigação preliminar, só se pode falar em esclarecimento de suspeitas e não em encontro da verdade material,[164] sob pena de comprometer a concretização do princípio da culpabilidade.[165] A confirmação da confissão não passa então, normalmente, de "um mero reconhecimento da veracidade do resultado da investigação preliminar",[166] ocorrendo principalmente "a submissão do acusado aos resultados da investigação, de forma que a pretensa aderência ao dever judicial de esclarecimento resulta em uma ficção".[167]

Os autos da investigação preliminar são originalmente dirigidos ao Ministério Público[168] com o intuito de fundamentar a necessidade ou não do oferecimento de denúncia; é mesmo questionável se é correto que eles sejam dispo-

159. SCHÜNEMANN, Bernd. *StV* 2000. p. 159, o mesmo autor em FS-Baumann cit., p. 377 e FS-Wolter cit., p. 1116.

160. SCHÜNEMANN, Bernd. *StV* 2000. p. 163.

161. SCHÜNEMANN, Bernd. Der deutsche Strafprozess im Spannungsfeld von Zeugenschutz und materieller Wahrheit. *StV* 1998. p. 394.

162. SCHÜNEMANN, Bernd. *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur* cit., p. 26.

163. Cf. acima, nota nº 112.

164. SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Wolter cit., p. 1122.

165. SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Wolter cit., p. 1122.

166. SCHÜNEMANN, Bernd. *Verhandlungen des Achtundfünfzigsten Deutschen Juristentages* cit., p. B83 (tradução própria).

167. SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Wolter cit., p. 1120 (tradução própria).

168. Conferir as referências em SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Wolter cit., p. 1115.

nibilizados ao juiz que dirige a coleta de prova na audiência.[169] Na hipótese de acordo penal, os autos da investigação preliminar se tornam o fundamento para a propositura de um acordo pelo Juízo. Isso quer dizer que as hipóteses construídas na investigação preliminar acabam sendo a legitimação para essa primeira fase, de oferecimento do acordo penal, e não podem ser, ao mesmo tempo, por razões lógicas, o fundamento da veracidade de uma confissão prestada em um segundo momento. Ou seja, a investigação preliminar não é suficiente para garantir a veracidade da confissão, sob pena de se cair em um círculo vicioso.

A confirmação da confissão no âmbito de um acordo penal leva à restrição da produção de provas, já que se trata apenas da comparação da confissão com o conteúdo da investigação preliminar, o que significa que a investigação preliminar substitui a real produção de provas, que deveria ocorrer na audiência.[170] A produção de provas, como concebida pelo legislador alemão, só pode ocorrer dentro de um procedimento "normal", com uma audiência de instrução e julgamento, pública, oral e contraditória, e não por meio da confirmação da confissão pela investigação preliminar no procedimento de acordo penal.[171]

3.3.2 *A solução do* Bundesverfassungsgericht (BVerfG)

No intuito de resolver essa controvérsia, sem colocar em risco o – na prática dominante – modelo do acordo penal, o *BVerfG* declarou, em 19.03.2013, a conformidade constitucional do acordo penal, na forma do § 257c da *StPO*, e determinou, ainda, a necessidade da confirmação da confissão na audiência de instrução e julgamento, para que permanecesse fiel ao fim processual da verdade material. Com isso, a Corte declarou, em oposição ao entendimento anterior do *BGH*, que a simples comparação com "o estado dos autos" não seria o bastante para atingir esse fim processual, de modo que a veracidade da confissão deveria ser comprovada por meio de produção de prova na audiência de instrução e julgamento.[172]

Embora essa aguardada decisão tenha gerado certa decepção,[173] ela assumiu papel fundamental na discussão do acordo penal na Alemanha e, por isso, merece um olhar mais apurado.

169. Devido ao "efeito da perseverança", já mencionado acima, ver nota 158.

170. SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Wolter cit., p 1123.

171. SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Wolter cit., p. 1122-1123.

172. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 71. Cf. abaixo, ver nota 196.

173. Ver KUDLICH, Hans. Grenzen der Verfassungsgerichtbarkeit – die Entscheidung des BVerfG zur strafprozessualen Verständigung. *NStZ* 2013. p. 379.

a) Um panorama da decisão

Após décadas de discussões acerca da legalidade dos acordos penais, o *BVerfG* julgou conjuntamente, em 19.03.2013, três processos conexos (os processos 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 e 2 BvR 2155/11). Os dois primeiros processos tratavam de ações incidentais de inconstitucionalidade (ao pé da letra, "reclamações constitucionais" – *Verfassungsbeschwerden*) contra o § 257c da *StPO*, introduzido no ordenamento jurídico pela chamada "Lei de Acordo". Os impetrantes alegaram que o 2.º Tribunal Regional de Munique não se ateve à obrigação de esclarecer o conteúdo do acordo à parte antes da sua realização, conforme dispõe o § 257c, V da *StPO*[174], o que teria ferido o art.[175] 2, II, parte II, da Lei Fundamental (*Grundgesetz* = *GG*), que garante o direito à liberdade individual, combinado com os princípios constitucionais de não autoincriminação, julgamento justo e culpabilidade. Alegaram, ainda, lesão ao art. 1, I em conexão com o art. 2, I e II da *GG*, que consagram os direitos à dignidade humana, ao livre desenvolvimento da personalidade e à liberdade individual, ao art. 19, IV, da *GG*, que regula o acesso à justiça, e ao art. 101, I da *GG*, que estabelece o princípio do juiz natural.[176] Além disso, os impetrantes arguiram que o § 257c da *StPO* seria inconstitucional, por ferir os princípios da culpabilidade e da legalidade, derivados do princípio do Estado de Direito, que impõem a investigação da verdade dos fatos.[177] Já o terceiro processo se direcionava contra ato do Tribunal Regional de Berlim,[178] arguindo uma lesão aos direitos fundamentais de efetiva proteção judicial e julgamento justo, conforme os arts. 1, I e II, 19, IV, e 20, III, da *GG*. Defendeu-se que a chamada "tesoura da pena"[179] feriria o direito a um julgamento justo e o dever judicial de esclarecimento, pois a confissão não seria comprovada.[180]

174. O dispositivo diz que "o acusado deve ser instruído sobre os requisitos e as consequências de uma possível variação do tribunal sobre o desfecho que se tem em vista, de acordo com a parte 4 deste artigo".

175. (N.T.) Opta-se pela nomenclatura original da GG, para denominar seus dispositivos de artigos (art.), enquanto manteve-se a denominação original de § para os dispositivos da StPO.

176. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 31.

177. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 33.

178. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 34.

179. Cf. acima, nota 96.

180. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 29.

Na oportunidade, o *BVerfG* decidiu que os acordos penais são conformes à Constituição, embora as regras legais de acordo no processo penal não tenham sido ainda suficientemente implementadas: conforme os estudos de *Altenhain*, quase 60% dos acordos penais ainda ocorrem informalmente.[181] A Corte alegou que a Lei de Acordo não criou um modelo processual novo, que extinguisse o dever judicial de esclarecimento da verdade, mas, apenas, integrou o acordo ao modelo processual já existente.[182] Concomitantemente, a Corte reconheceu que o acordo penal traz em si o risco de inobservância das disposições constitucionais[183] e exatamente para se evitar esse risco é que foi criada a Lei de Acordo, uma vez que a simplificação do processo penal não foi vedada ao legislador, embora ele deva assegurar, através de medidas de precaução, que as exigências constitucionais permaneçam atendidas.[184] No entendimento do *BVerfG*, o § 257c, I e II da *StPO*, que dispõe que a Corte pode, em casos específicos, fazer acordo com o acusado sobre o resultado do processo, não feriria o dever judicial de esclarecimento, mas, ao contrário, remeteria expressamente a ele,[185] pois a confissão nunca poderia ser usada sozinha como fundamento da condenação, e precisaria, sim, ser comprovada. A Corte declarou, ainda, que a Lei de Acordo determinaria taxativamente as condições de legalidade de um acordo no processo penal e restringiria a possibilidade de acordo à fase de instrução e julgamento.[186] Todo acordo penal que fosse realizado sem a observância dessas condições seria informal e, assim, ilegítimo.[187]

Além disso, a Corte Constitucional se preocupou, em sua decisão, intensivamente com os deveres de transparência e documentação no acordo penal. Ela frisou que a publicidade da audiência de instrução e julgamento foi criada historicamente como um instituto contra a arbitrariedade do Estado[188] e por isso, a obrigação de transparência e documentação dos acordos penais – que deve ser controlada pelo Ministério Público, pela Corte de Recurso e pelo público em geral – seria imprescindível. Segundo a Corte Constitucional, o con-

181. *Altenhain*, Karsten; *Dietmeier*, Frank; *May*, Markus. Op. cit., p. 36; BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 49.
182. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 65.
183. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 107.
184. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 108.
185. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 65.
186. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 71.
187. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 75.
188. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 88.

ossi, Ana Claudia. Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da Justiça? Subsídios ara um debate, a partir da experiência alemã. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 133-171. São aulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

trole de um acordo ilegal deve ser feito pelo Ministério Público, por seu dever de veto previsto no § 257c, III, parte IV da *StPO* e através da interposição de recursos.[189] Da mesma forma, o controle feito pela Corte de Recurso seria imprescindível.[190]

A Corte Constitucional deu, claramente, muita atenção à prática do acordo penal e esclareceu que o legislador deve observar a implementação da Lei de Acordo e desenvolver medidas contra o seu mau uso, e que problemas com a implementação da lei não levam à sua inconstitucionalidade, já que o diploma legal asseguraria suficientemente a observância dos preceitos constitucionais. Os problemas de implementação seriam, assim, o resultado de uma falta de adequação prática aos dispositivos legais.[191]

Finalmente, a Corte declarou que a Lei de Acordo, como o próprio acordo penal, seriam legítimos, embora as decisões judiciais específicas, questionadas através das reclamações de inconstitucionalidade, violassem as regras de acordo penal e por isso não se coadunariam com os preceitos constitucionais para um acordo em matéria de processo penal. As decisões do 2° Tribunal Regional de Munique e do *BGH* feririam o "dever de instrução" (de prestar esclarecimento do acordo ao acusado, antes de sua realização) e, assim, o princípio do *nemo tenetur*[192] e o direito a um processo justo, conforme o Estado de Direito. Além disso, a decisão da Corte Regional de Berlim esbarraria no dever judicial de investigação da verdade material, pois "a Corte Regional aceitou, como fundamento de um julgamento, uma confissão meramente formal, vazia de conteúdo, repleta de negações e dúvidas, sem comprová-la na audiência de instrução e julgamento (...) através de uma produção de provas com especificidade própria, direcionada ao acusado".[193]

O *BVerfG* se ocupou extensivamente em sua decisão com a prática e as particularidades do acordo penal e o posterior dever do legislador de acompanhar e melhorar as leis por ele feitas, mas quase não direcionou sua atenção ao

189. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 80.

190. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 94-99. Ver a comprovação em *Stuckenberg*, Carl Friedrich. *ZIS* 2013. p. 215.

191. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 125, "isso expressa uma consciência ainda pouco acentuada, que acordos penais não podem ocorrer sem que obedeçam às exigências da Lei de Acordo." (tradução própria).

192. (N.T) Em alemão, no positivo: *selbstbelastungsfreiheit*. Quem tem a liberdade de se auto incriminar tem obviamente, a liberdade de se não auto-incriminar.

193. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 129.

ponto crucial: se uma prática constitucional de acordo penal é sequer possível, motivo pelo qual *Stuckenberg* diz ser a decisão um mero tratamento de sintomas, ao invés de uma terapia dirigida às causas do mal.[194]

b) Sobre a confissão

No que diz respeito à confissão, a Corte argumentou apenas que a Lei de Acordo não contrariaria o dever judicial de esclarecimento e nem a verdade material, pois a confissão não poderia valer automaticamente como fundamento de uma decisão, necessitando ser comprovada.[195] Essa comprovação deveria ocorrer através da produção de provas na audiência de instrução e julgamento, com observância da preocupação basilar do legislador de tornar os acordos transparentes e controláveis.[196]

Mas essa solução seria realmente tão simples? Na prática, se uma confissão precisa ser comprovada, a abreviação do processo se torna inviável e o acordo não tem, assim, qualquer outro sentido ou razão de ser.[197]

Além disso, é extremamente questionável – como será comprovado adiante – se a comprovação da confissão na audiência de instrução e julgamento é capaz de garantir a verdade dos fatos, já que se trata de uma produção de prova direcionada a um fim específico. Questionável é, ainda, se a comprovação da confissão pode ser suficiente para a formação de uma convicção judicial.

c) Lacunas da decisão

Nos estudos de *Altenhain*, mais da metade dos magistrados reconheceu que as regras de acordo não foram observadas em mais da metade de todos os processos com acordo penal.[198] Isso não pode ser visto como simples "falta de adequação prática", mas sim como o sintoma de que a prática dos acordos penais significa uma negociata com os valores de justiça e igualdade.[199]

194. STUCKENBERG, Carl Friedrich. *ZIS* 2013. p. 213.

195. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 71.

196. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 71.

197. Cf. abaixo, ver notas 204 e 205.

198. ALTENHAIN, Karsten; DIETMEIER, Frank; MAY, Markus. Op. cit., p. 44; BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 49; Ver comprovação em STUCKENBERG, Carl Friedrich. *ZIS* 2013. p. 213.

199. O resultado dos estudos é denominado por *Stuckenberg* como "falência parcial do Estado de direito", conferir STUCKENBERG, Carl Friedrich. *ZIS* 2013. p. 214.

Os estudos mostraram que, na prática, 38,3% dos juízes nem sempre, ou mesmo nunca, comprovam a veracidade da confissão prestada no âmbito do acordo penal,[200] o que significa que, na realidade, as confissões não confirmadas são utilizadas como fundamento de decisões.[201]

A essa conclusão chegou também o *BVerfG*. O tribunal afirmou, em 19.03.2013, que "essa confirmação deve ocorrer através de produção de provas na audiência de instrução e julgamento (conforme o § 261 da *StPO*), observando a preocupação adicional do legislador de tornar o acordo transparente e controlável".[202] A Corte decidiu que a confirmação da confissão pela produção de provas na instrução e julgamento não significaria que a confirmação de uma confissão obtida com base em acordo se submeteria a requisitos mais rígidos do que a produção de provas no "procedimento extenso comum".[203]

No entanto, o tribunal ficou a meio caminho. Afinal, a minuciosa confirmação da confissão leva a essência do acordo penal à morte.[204] A razão de ser do acordo é a simplificação do processo e a "limitação da busca da verdade".[205] A comprovação de uma confissão de forma elaborada, através de produção de provas, leva ao fracasso da razão de ser do acordo: o término célere de um processo. Trata-se, assim, de uma contradição teleológica.[206]

O *BVerfG* entendeu ainda que, no caso de um acordo penal, a confirmação da confissão na audiência de instrução e julgamento, sem que o procedimento se transformasse em um procedimento comum, seria possível através do chamado *Vorhalt*,[207] que é o instituto que dá ao juiz alemão a possibilidade de confrontar o depoente com os registros do depoimento que prestara an-

200. ALTENHAIN, Karsten; DIETMEIER, Frank; *May*, Markus. Op. cit., p.100; BVerfG, NJW 2013, 1058, 49.

201. Segundo SCHÜNEMANN, a realidade é que, apesar da Lei de Acordo (*VerständG*), quase nada se alterou em 30 anos de prática de acordos penais, conferir SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Wolter cit., p. 1117-118.

202. BVerfG, NJW 2013, 1058 nm. 71.

203. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 71 (tradução própria).

204. STUCKENBERG, Carl Friedrich. *ZIS* 2013. p. 215; KUDLICH, Hans. *NStZ* 2013. p. 380.

205. STUCKENBERG, Carl Friedrich. *ZIS* 2013. p. 218 (tradução própria).

206. STUCKENBERG, Carl Friedrich. *ZIS* 2013. p. 218.

207. Referências em ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., § 46, nm. 25 e na (N.T.) de Alaor Leite na tradução do texto: SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3.º milênio, em: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons. p. 232.

teriormente, e do *Selbstleseverfahren*,[208] que é o mecanismo que permite ao juiz alemão substituir o depoimento de testemunhas, peritos e corréus pela leitura do registro de depoimentos prestados anteriormente ou de documento escrito contendo declaração.[209] Entretanto, a mera introdução de elementos da investigação preliminar na instrução e julgamento não possui o condão de transformar esses elementos em meios de prova, pois, como já demonstrado, as declarações e elementos da investigação preliminar não são colhidos no âmbito de um procedimento em contraditório, mas, sim, sem a efetiva participação da defesa. Exatamente por isso impera, conforme a doutrina majoritária, uma proibição da valoração de prova relativa às declarações do acusado obtidas anteriormente,[210] sem a sua anuência, já que elas não podem ser usadas como prova contra si mesmo sem que o acusado disponha de possibilidades suficientes de proteção processual, e a estrutura da investigação preliminar não pode garantir essa proteção.[211] Além disso, as hipóteses de *Vorhalt* e de *Selbstleseverfahren* estão limitadas a poucos procedimentos, motivo pelo qual não podem representar regra geral para a confirmação da confissão.

Além do mais, uma leitura dos protocolos dos depoimentos dados em sede inquisitorial (*Verlesung*) só é admissível quando a ausência da testemunha, do perito ou do corréu for realmente inevitável[212] (devido ao perigo de que o instituto seja facilmente manipulado para atender a interesses questionáveis), o que não seria propriamente o caso no acordo penal. A impossibilidade de colheita do depoimento existente em caso de acordo penal é, a meu ver, uma impossibilidade lógica e não fática (material), ou seja, o valioso depoimento na audiência de instrução e julgamento poderia sim ser colhido na sala de audiência. Simplesmente por causa do interesse de abreviação processual através do acordo, uma causa de impossibilidade é praticamente manipulada (fora das hipóteses anteriores, para as quais o instituto foi criado) e os meios disponíveis, verdadeiramente eficientes para o encontro da verdade, são simplesmente ignorados. Além disso, os registros dos depoimentos das testemunhas, que são redigidos por funcionários da polícia sem a presença da defesa, não refletem a exata declaração da testemunha, mas a combinam com as impressões e hipóte-

208. Referências em ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., § 46, nm. 9.

209. BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 71

210. Conferir as referências em JAHN, Matthias. FS-Wolter cit., p. 973.

211. JAHN, Matthias. FS-Wolter cit., p. 972.

212. ROXIN, Claus; *Schünemann*, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 401.

ses dos funcionários da Justiça Criminal durante a realização das perguntas,[213] como já comprovado por diversos estudos empíricos.[214] Isso significa que o registro do depoimento anterior da testemunha é tendencioso e não corresponde realmente à sua declaração, mas é usado na prática, em boa parte, para a confirmação das hipóteses já elaboradas pelos que colhem tais registros.[215]

O que se percebe com a solução do *BVerfG* é a criação de um modelo intermediário e degenerado, que não é nem tão simples como o modelo de acordo penal e, ao mesmo tempo, nem tão completo e eficiente como o procedimento ordinário. O resultado é que esse modelo intermediário não corresponde nem à necessidade de simplificação processual, nem garante o efetivo descobrimento da verdade.

Outrossim, a afirmação de que a confirmação da confissão pode garantir o conteúdo de verdade no procedimento de acordo penal é extremamente questionável. A produção de provas realizada pela confirmação da confissão é, desde o início, uma condução de prova limitada a uma só hipótese. Pelo conhecimento dos autos da investigação preliminar e da confissão, é formada uma determinada imagem sobre o crime. O juiz procura, assim, informações seletivas.[216] A produção de prova não seria, no caso, completa e referida a todas as circunstâncias do caso, mas somente ao conteúdo da confissão. Por isso, a prova produzida na confirmação da confissão traz consigo o perigo de corresponder a uma verdade parcial. O olhar do juiz se direciona apenas a uma parte dos fatos e não aos problemas que poderiam surgir com a confirmação de outros fatos do caso. A ciência do direito é uma ciência social e como tal, trata de uma complexidade inestimável e de constantes mudanças da vida social,[217] motivos pelos quais a formação de uma convicção jurídica (judicial)

---

213. SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. p. 231.

214. BANSCHERUS fala em uma "comunicação forçada" (*Zwangskommunikation*), que surgiria de um esquema de perguntas e respostas. Conferir BANSCHERUS, Jürgen. *Polizeiliche Vernehmung: Formen, Verhalten, Protokollierung*. Wiesbaden: BKA, 1977. p. 254 (tradução própria). Por sua vez, *Schmitz* fala de "suspeita como uma profecia que se cumpre por si só", ver SCHMITZ, Walter H.. *Tatgeschehen, Zeugen und Polizei*. Wiesbaden: BKA, 1978. p. 208 (tradução própria).

215. SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? cit., p. 231.

216. SCHÜNEMANN, Bernd. *StV* 2000. p. 160.

217. SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin: De Gruyter, 1984. p. 7.

GROSSI, Ana Claudia. Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da Justiça? Subsídios para um debate, a partir da experiência alemã. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 133-171. São

deve levar em conta essas vastas variantes. No entanto, justamente o contrário ocorre nestes casos, pois a apreciação da prova pelo juiz é fortemente limitada pela confirmação da confissão, uma vez que o magistrado possui apenas a confissão como fundamento da sentença e apenas ela deve ser apreciada. Não é confirmada a verdade de todos os fatos, mas apenas daqueles mencionados na confissão, o que nem sempre pode garantir a verdade material. Mesmo que em apenas um por cento dos casos o resultado obtido pela confirmação da confissão não correspondesse à verdade, já seria isso motivo suficiente para criticar essa solução. A regra da confirmação da confissão não pode funcionar apenas em alguns casos, mas deve ser capaz de garantir a verdade em todos os casos de acordo penal, já que nada além da culpa – através da verdade material – pode valer como fundamento para a restrição da liberdade do indivíduo.

Os princípios guias do processo penal alemão são verdade e justiça, que se concretizam na legislação através do princípio da obrigatoriedade (*Legalitätsprinzip*) e dos princípios da investigação e da imediatidade (*Untersuchung* e *Unmittelbarkeit*).[218] Um sistema processual que possui seu fundamento na máxima investigativa (*Untersuchungsmaxime* – § 244, II da *StPO*), parece, desde o início, impróprio para legitimar um modelo baseado no consenso e "bloqueia a busca por modelos processuais alternativos".[219] O processo penal alemão é, por isso, "hostil ao acordo".[220] Isso, porém, não impediu que o legislador, pela da Lei do Acordo, trouxesse a prática dos acordos penais ao ordenamento jurídico alemão – através da introdução do § 257c na *StPO* –, legitimando no sistema o consenso como fundamento de sentença.

A Corte decepcionou ao declarar que o legislador não desejava acabar com o dever judicial de esclarecimento, mas desejava harmonizá-lo ao acordo penal,[221] e que a verdade material seria garantida pela confirmação da confissão, e fez, assim, vista grossa ao problema do acordo penal no processo penal alemão. Essa decisão, sem a enumeração de razões respeitáveis para tal e sem uma discussão elaborada sobre o tema, foi muito mais política do que jurídica[222]

218. SEIER, Jürgen. *JZ* 1988. p. 683: O princípio da legalidade determina que o direito de punir não está à disposição dos órgãos de persecução. O princípio da investigação obriga igualmente a Justiça e o Ministério Público a investigar o caso.

219. FEZER, Gerard. *NStZ* 2010. p. 177 (tradução própria).

220. SEIER, Jürgen. *JZ* 1988. p. 684 (tradução própria).

221. Cf. acima, nota 182.

222. Embora a distinção entre política e jurisdição seja problemática e, para alguns, até mesmo impossível, como em Radbruch: "eu sei que é uma constatação perigosa e chocante,

e se tratou, na realidade, de uma questão de administração do Judiciário. A Corte lançou seu olhar para a prática[223] e tentou se agarrar ao – do ponto de vista do funcionamento diário do Judiciário – importante instrumento do acordo penal e às suas particularidades.[224] Os motivos utilitaristas[225] para a manutenção do acordo penal, como a simplificação do processo, superaram as vozes dos críticos, sem, contudo, dar-lhes uma resposta, em uma legitimação do "pensamento de custo-benefício".[226]

Nesse sentido, não pode ser reconhecida a compatibilidade dos dispositivos legais por via da necessária confirmação da confissão obtida no acordo. O problema da confirmação da confissão não é um problema da forma de confirmação: não se trata de como, mas sim, de que a confissão tenha mesmo que ser confirmada. A substituição da confirmação "pela mera comparação com o estado dos autos" (solução do *BGH*) pela confirmação "através da produção de provas na audiência de instrução e julgamento" (solução do *BverfG*) é uma mera modificação de operações errôneas com consequências problemáticas. O ponto crucial aqui é, na realidade, que qualquer tentativa de garantir a verdade material através da confirmação da confissão está, desde o início, fadada ao fracasso, e isso por um motivo simples: não pode haver qualquer confirmação dentro de um processo com acordo penal, simplesmente porque o modelo de acordo é incompatível com a busca por uma verdade material.[227] Todas as tentativas de confirmação levam ou a uma forma processual demasiadamente simples, que não pode corresponder à verdade, ou a uma forma processual demasiadamente complexa, que não pode existir em um procedimento abreviado e ao mesmo tempo, que já é próxima demais da audiência de instrução e julgamento, sem ser, contudo, tão efetiva como o procedimento extenso tradicional.

---

mas não é por isso menos verdade, que separar política e jurisdição de forma clara é impossível, e que elas se atropelam, muito mais, sem limites definidos", conferir RADBRUCH, Gustav. Das Reichsgericht und die Politik. *DRZ* 1949. p. 433 (tradução própria).

223. Como a prática abusa do instituto e como esses abusos devem ser tratados pelo legislador em BVerfG, NJW 2013, 1058, nm. 121.

224. Conferir as referências em STUCKENBERG, Carl Firedrich. *ZIS* 2013. p. 215.

225. Justificar a racionalidade do processo penal por motivos utilitaristas pode ser muito perigoso. Não se pode nunca esquecer que muitos institutos que hoje seriam inimagináveis eram, a seu tempo, considerados bons pela prática e obtiveram benefícios, como a tortura e a pena de morte, o assassinato em massa de judeus e a escravização de trabalhadores compulsórios no regime nazista, ver GRECO, Luís. Op. cit., p. 281-282.

226. Sobre o termo: SCHÜNEMANN, Bernd. FS-Baumann cit., p. 382.

227. THEILE, Hans. *NStZ* 2012. p. 667.

A tentativa de harmonizar a tradição processual penal alemã – que exige a verdade material obtida na instrução e julgamento –, com um modelo processual de acordo – que esvazia a instrução e julgamento –, através da confirmação da confissão, é um simples malabarismo, que, no fim, não consegue esconder a incompatibilidade do consenso com a verdade material. A recepção de um modelo assim exige, por isso, uma inteira transformação do processo alemão, principalmente, uma nova formulação da investigação preliminar. Não basta simplesmente desnaturar a ideia original da audiência de instrução e julgamento, como se fez até agora.[228]

4. TRANSPOSIÇÃO À REALIDADE BRASILEIRA

A transação penal brasileira não gera reconhecimento de culpa ou sentença condenatória[229] e, em comparação com o direito alemão, se assimila muito mais à figura do § 153a da *StPO*[230] – na qual não se é punido, porque não há condenação[231] – do que com a figura do acordo penal do § 257c da *StPO*. Por isso, diferenciou-se aqui desde o princípio, com muita cautela, a denominação de transação penal e de acordo penal (*Absprache*).[232]

Ainda que os institutos da transação penal e do acordo se diferenciem quanto ao seu funcionamento, o que acontece na realidade processual da transação penal é o mesmo fenômeno criticado em toda parte em relação ao acordo penal: com o desequilíbrio entre as partes, o acusado se sente pressionado pelo aparato estatal a aceitar a oferta do órgão acusatório[233] (um quase juiz, na

228. THEILE, Hans. *NStZ* 2012. p. 671.

229. Cf. acima, ver nota 15.

230. O dispositivo determina que, no caso do objeto processual ser uma contravenção (delito punido com pena privativa de liberdade baixa ou multa, denominada *Vergehen*), o Ministério Público, com a concordância do juízo competente pela instrução e do acusado, pode deixar de oferecer denúncia e ao invés, impor ao acusado condições e instruções, se essas forem aptas a amparar o interesse persecutório e a gravidade do crime não for obstáculo. Dentre as condições e instruções se encontram, por exemplo, a reparação do crime, o pagamento de quantia em dinheiro a fundo estatal ou obra de caridade, o serviço comunitário, participação em seminário conforme determina a lei de trânsito etc.

231. DIEMER, Hebert. *Karlsruher Kommentar zur* StPO. PFEIFFER, *Gerd*; FISCHER, *Thomas* (Hrsg.). 7. ed. München: C. H. Beck, 2013. § 153a, Rn.1 und §251, Rn.12.

232. Cf. acima, ver nota nº 21.

233. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de direito penal e processo penal* cit., p. 123; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 766; PRADO, Geraldo. *Transação penal* cit., p. 192.

definição de *Alberto Silva Franco*[234]), o que leva, frequentemente, a resultados consensuais manipulados.

Da mesma forma que na transação penal, o novo modelo de acordo proposto pelo PL 8.045 introduz o acordo penal entre o Ministério Público e o acusado, e não entre juiz e acusado, como na Alemanha. Por isso, o problema alemão da contaminação do juiz no caso da tentativa fracassada de um acordo penal seria, à primeira vista, irrelevante para o Brasil. De acordo com os arts. 283, § 9, e 284 do Projeto de Lei PL 8.045, no caso de uma tentativa de acordo penal fracassada, o procedimento ordinário será realizado e as partes e o juiz não poderão mencionar a tentativa de acordo. Entretanto, como o juiz precisaria comprovar a legalidade do acordo penal e o chancelar, seria necessário perguntar *se* e *como* o juiz participaria da audiência de formação do acordo, para que se investigue se haveria uma "incompatibilidade lógico-material" entre a sua presença e a sua função ordinária de julgador e, assim, se sua eventual presença feriria sua objetividade,[235] exatamente como ocorre com o conhecimento dos autos da investigação preliminar pelo juiz.

O papel do juiz ainda é fortemente discutido no Código de Processo Penal Brasileiro, pois, segundo a moderna doutrina pátria, os poderes instrutórios do juiz, conforme o art. 156, I e II do CPP, seriam limitados pela nova ordem constitucional, pois fundariam um sistema inquisitório, inaceitável pela Constituição Federal de 1988 (CF/1988), devendo o juiz se limitar ao papel de mero espectador.[236] Inexiste no CPP qualquer obrigação expressa de busca da verdade ou qualquer dispositivo análogo ao §244, II da *StPO* – que fundamenta a incompatibilidade do acordo penal com o descobrimento da verdade material – motivo pelo qual não haveria que se falar, no Brasil, em lesão a um dever judicial de investigação pelo acordo penal.

Entretanto, ainda que inexista no Brasil um expresso dever judicial de esclarecimento, a preocupação com a verdade material no processo brasileiro não pode ser ignorada, já que o próprio ordenamento revela a preocupação com a verdade dos fatos ao prever a hipótese de revisão criminal para os processos

234. FRANCO, Alberto Silva em ZAFFARONI, Eugênio Raul/PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral.* 10. ed. rev., atual. São Paulo: Ed. RT, 2013. vol. 1, Prefácio à 1. ed. p. 22.

235. Sobre a "incompatibilidade lógico-material": SCHÜNEMANN, Bernd. *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur* cit., p. 27; o mesmo autor: *ZIS* 2009, p. 492.

236. Ver referências em OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 334; LOPES JR. Aury. Op. cit., p. 135.

findos, quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos ou quando, após a sentença, forem descobertas novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena, conforme o art. 621, II e III, do CPP.[237]

No que diz respeito à livre apreciação da prova, inexiste no CPP qualquer dispositivo análogo ao § 261 da *StPO*, que determine que a convicção do juiz deva ser fundada *exclusivamente* na audiência de instrução e julgamento, também porque a audiência de instrução e julgamento não ocupa, no processo penal brasileiro, o mesmo papel que na Alemanha,[238] especialmente porque aqui as provas escritas ainda têm um importante papel. No entanto, ainda que o CPP assim defina, é necessário ressaltar que o modelo acusatório que tanto se almeja e se alega ter sido imposto pela CF/1988[239] busca justamente um processo penal público e oral, com a concentração dos atos processuais na audiência de instrução e julgamento e a aproximação do acusado ao juiz, como acontece no modelo alemão.

Embora o Processo Penal Brasileiro não permita repetir as objeções alemãs ao acordo penal, no que tange ao dever judicial de esclarecimento e à livre apreciação das provas obtidas exclusivamente na audiência de instrução e julgamento, o acordo permanece também aqui extremamente questionável.

Valem para a realidade brasileira, integralmente, as reflexões acerca da inadmissibilidade do consenso como forma legítima para a resolução de conflitos no processo penal, por inexistir consenso em um contexto de tamanha desigualdade de poder entre as partes, como no acordo penal, em que a parte mais fraca – que tem muito mais a perder – se sentirá praticamente obrigada a aceitar a proposta de acordo.[240] Da mesma forma, permanecem extremamente relevantes para o Brasil os questionamentos sobre os resultados problemáticos da admissão de uma verdade consensual em um processo penal fundado no

237. Cf. acima, nota 137.

238. Embora a reforma feita pela Lei 11.719/2008 tenha trazido a audiência de instrução e julgamento brasileira mais próxima da "*Hauptverhandlung*" alemã. Mais sobre a "*Hauptverhandlung*" alemã: SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? cit., p. 222.

239. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório e outras questões sobre a reforma global do CPP, in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda/CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (orgs.). *O novo processo penal à luz da constituição* cit., p. 20; OLIVEIRA, Eugênio Paceli de. Op. cit., p. 335.

240. Cf. acima, ver notas 133 a 135.

princípio da culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e, assim, para a concretização do ideal de justiça.[241]

5. CONCLUSÃO

O modelo importado de acordo penal traz em si a ilusão de ser uma solução para o problema da sobrecarga judicial, que corresponda a um processo penal humano e baseado no consenso e, por isso, de ser extremamente benéfico.[242]

No entanto, como se viu, o consenso não pode figurar como solução legítima para a resolução de conflitos penais, que se inserem em um contexto de direitos indisponíveis e cuja punição é norteada pelo princípio da culpabilidade.

Se o instituto da transação penal, o qual, como dito, não gera sentença condenatória[243] ou reconhecimento de culpa, já era ruim e extremamente questionável do ponto de vista da igualdade entre as partes para a existência de consenso, a adoção do acordo (barganha) será ainda pior.

Os grandes desafios da sobrecarregada e pouco eficiente Justiça brasileira e do Ministério Público merecem atenção, mas não podem ser manipulados por motivos utilitaristas, juntamente com interesses egoísticos da "elite da sala de audiência",[244] para justificar a introdução de um modelo processual consensual, o que consistiria, na realidade, em um "fenômeno de corrupção" do sistema penal.[245]

A ineficiência da Justiça é, sem dúvida, um problema congênito, que surge desde a investigação preliminar. Tentativas de resolução são desejáveis, mas não podem ignorar o princípio da culpabilidade e sacrificar o direito da parte a um julgamento justo. Não há solução mágica, que não comece pela administração judiciária e pela despenalização.

O processo penal, como mecanismo oficial de intervenção do Estado no âmbito de liberdade do indivíduo, reflete diretamente o respeito que um Estado demonstra pelos direitos fundamentais, motivo pelo qual se diz que o direito processual penal seria o sismógrafo e a concretização da Constituição de

241. Cf. acima, ver notas 121 e 122.

242. Conferir as referências em STUCKENBERG, Carl Friedrich. *ZIS* 2013. p. 212, bem como em SCHÜNEMANN, Bernd. *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur* cit., p. 36, o mesmo autor em FS-Baumann cit., p. 362.

243. Cf. acima, ver nota 15.

244. Cf. acima, ver nota 28.

245. STUCKENBERG, Carl Friedrich. *ZIS* 2013. p. 214.

um país.[246]Assim, a adoção de um modelo processual que atravesse as garantias do devido processo legal,[247] com a imposição de pena sem a correta aferição de culpa, não pode ser vista com bons olhos.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Apontamento sobre política criminal e a *plea bargaining*, de Walter Fanganiello Maierovitch – *RT* 678/301-305, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 1/957-965 (DTR\1992\139); e
- Barganha no processo penal e o autoritarismo "consensual" nos sistemas processuais, de Vinicius Gomes de Vasconcellos – *RT* 953/261-279 (DTR\2015\1538).

246. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht* cit., p. 9; VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 56.

247. FRANCO, Alberto Silva. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 35, p. 9, nov. 1995. Os questionamentos provocados pela Lei n. 9.099/95.

GROSSI, Ana Claudia. Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da Justiça? Subsídios para um debate, a partir da experiência alemã. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO NOS CRIMES AMBIENTAIS

THE SENTENCE SUSPENSION IN ENVIRONMENTAL CRIMES

FRANCINE NUNES ARANTES

Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa (Portugal). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte (Brasil). Atualmente, pesquisadora visitante na Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (Espanha).

ÁREA DO DIREITO: Penal; Ambiental

RESUMO: O estudo tem como objetivo investigar a Suspensão Condicional do Processo nos crimes ambientais, especialmente no que tange à obrigação de reparação do dano, como condição imposta pela Lei 9.605/1998 para a extinção da punibilidade. Desse modo, o trabalho partirá da descrição de um caso concreto, abordando, em seguida, o modelo consensual de justiça na esfera do Processo Penal. Nesse enredo, a Suspensão Condicional do Processo será examinada, ilustrativamente, nos ordenamentos jurídicos do Brasil, de Portugal e da Alemanha. Por fim, caberá analisar o caso em questão, examinando o benefício processual face à Ação Civil Pública e o Princípio da Prevenção, como também no que tange às condições impostas pelo Ministério Público a fim de suspender o processo.

PALAVRAS-CHAVE: Suspensão Condicional do Processo – Crime ambiental – Justiça consensual – Reparação do dano – Terceira via punitiva.

ABSTRACT: This paper aims to investigate the Conditional Suspension of Prosecution applied to environmental crimes, especially in regard to the obligation to repair the damage, as a condition imposed by the Act 9.605/1998 to the extinction of criminal liability. Thus, this paper will initially describe a case, addressing, in the sequence, the consensual model of justice in the framework of Criminal Procedure. In this plot, the Conditional Suspension of Prosecution will be examined, illustratively, according to the legal systems of Brazil, Portugal and Germany. Finally, it will be analyzed the case in question, examining the procedural benefit with respect to Public Civil Action and Prevention Principle, but also in regard to the conditions imposed by prosecutors in order to suspend the prosecution.

KEYWORDS: Conditional Suspension of Prosecution – Environmental crime – Consensual justice – Repair damage – Third way punitive.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Apresentação do caso (Ministério Público Federal da Bahia *vs.* Petrobras) – 3. Modelo consensual de justiça penal – 4. Suspensão condicional do processo: 4.1 Brasil; 4.2 Portugal – Suspensão Provisória do Processo; 4.3 Alemanha – *Einstellung gegen Auflagen und Weisungen* – 5. Suspensão condicional do processo na Lei 9.605/1998 – 6. Análise crítica do caso – 7. Conclusão – 8. Referências bibliográficas.

ARANTES, Francine Nunes. A suspensão condicional do processo nos crimes ambientais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 173-199. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo investigar a Suspensão Condicional do Processo nos crimes ambientais, especialmente no que tange à obrigação de reparação do dano ambiental.

A Suspensão Condicional do Processo é um instituto jurídico baseado no modelo consensual de justiça, segundo o qual predomina a transação e a negociação entre os sujeitos processuais, ao nível da pequena e média criminalidade.

Verifica-se que a Lei Brasileira de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998) estabelece penas que vão de um mês até 6 (seis) anos, possibilitando a aplicação da Suspensão Condicional do Processo.

Para tanto, o estudo partirá da análise de uma ação penal em que o Ministério Público Federal acionou a Petrobras e o gerente da unidade de negócio de exploração e produção da empresa por crime ambiental, e propôs a Suspensão Condicional do Processo, mediante a reparação do dano e o cumprimento de algumas obrigações.

Após, será analisado o modelo consensual de justiça na esfera do Processo Penal, no âmbito do qual a transação e a negociação encontram espaço bastante reduzido de aplicação, tendo em vista os Princípios da Legalidade e Obrigatoriedade.

Nesse enredo, a Suspensão Condicional do Processo será examinada, ilustrativamente, nos ordenamentos jurídicos do Brasil, de Portugal e da Alemanha, realizando uma abordagem dos ordenamentos, de acordo com suas peculiaridades.

Em seguida, cumpre investigar o benefício processual na Lei 9.605/1998, principalmente no que se refere à reparação do dano ambiental, como condição imposta pela referida lei para a extinção de punibilidade.

Por fim, caberá analisar, criticamente, o caso em questão, examinando o instituto jurídico da Suspensão Condicional do Processo face à Ação Civil Pública e o Princípio da Prevenção, como também no que tange às condições impostas pelo Ministério Público Federal à Petrobras e seu respectivo representante, a fim de suspender o processo.

2. APRESENTAÇÃO DO CASO (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DA BAHIA VS. PETROBRAS)[1]

O Ministério Público Federal da Bahia, através da Procuradoria do Meio Ambiente e Patrimônio Cultural, ajuizou contra Petróleo Brasileiro S.A. – Pe-

1. Processo n. 2009.33.00.012950-6. Justiça Federal de Primeiro Grau – Seção Judiciária do Estado da Bahia – 2.ª Vara Especializada Criminal.

trobras e o gerente Luiz Robério Silva Ramos uma ação penal pública, pelo cometimento de crime ambiental.

Segundo o Ministério Público, a empresa, por intermédio do gerente da unidade, teria dado início a uma obra de instalação de gasoduto, descumprindo os termos de um licenciamento ambiental, e também teria ocasionado graves danos à atividade de uma área de mariscagem e, consequentemente, graves danos ao meio ambiente, na Praia de Cairú, na cidade de Salinas da Margarida.

De acordo com a denúncia, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) concedeu à Petrobras uma Licença de Instalação, porém a empresa teria descumprido a licença durante a implantação de um gasoduto, em agosto de 2005.

Ao realizar a operação de arraste de um duto, a empresa comprometeu a área de mariscagem e destruiu moluscos e outros exemplares da fauna no local do crime, conhecida como Laje do Machadinho, sendo que tal atividade não constava na referida licença ambiental.

Destaca a denúncia que os exemplares da fauna atingidos são bastante sensíveis a alterações no seu ambiente, como os cavalos marinhos (*Hippocampus reidi*) e peixes-cachimbo (*Microphis brachiurus*), ambos ameaçados de extinção.

O referido dano ocorreu dentro de uma Unidade de Conservação, a Área de Proteção Ambiental da Baía de Todos os Santos, criada pelo Dec. Estadual 7.595, de 05.06.1999.

A materialidade do crime, segundo a denúncia, restou evidenciada por meio do laudo técnico elaborado pelos analistas ambientais do Ibama. Os peritos atestaram a ocorrência de danos ambientais no local, afirmando a ocorrência de impacto de grande abrangência, promovido pelo enterramento do gasoduto sobre a biota marinha, vez que descaracterizou, profundamente, uma superfície que se presta para fixação, crescimento e alimentação de organismos sésseis.

Considerando os fatos anteriormente narrados, o Mistério Público Federal denunciou os acusados segundo as penas do art. 54, *caput*,[2] c/c o art. 15, II, *e*, *l* e *q*,[3] todos da Lei 9.605/1998.

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

3. Art. 15: "São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...)

Tendo em vista que os requisitos legais previstos na Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual) e na Lei 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal), como também na Lei 9.605/1998, estavam preenchidos e autorizava a aplicação do instituto jurídico, o Ministério Público Federal ofereceu proposta de Suspensão Condicional do Processo pelo prazo de dois anos.

O pressuposto objetivo para a aplicação da Suspensão Condicional do Processo, como se verá no desenvolvimento do trabalho, é a pena mínima cominada ser igual ou inferior a um ano – e o art. 54 da Lei 9.605/1998, crime imputado aos acusados, cumpre este requisito. O Ministério Público Federal entendeu que o critério subjetivo – consubstanciado na culpabilidade, antecedentes, motivação – também estava preenchido.

As condições nomeadas pelo Ministério Público Federal, ao propor a Suspensão Condicional do Processo, foram: apresentação de relatório técnico trimestral sobre o cumprimento das condicionantes estabelecidas pela licença de instalação; apresentação do Plano de Recuperação da Área Degradada, a ser aprovado pelo Ibama, a fim de minorar os danos ambientais causados no local do crime. Na hipótese de não ser possível a recuperação dos danos ambientais, em sua plenitude, a empresa deveria comprovar o pagamento da multa de 15 (quinze) milhões de reais, investidos em benefício da atividade pesqueira da região. Doação, pela empresa, de 100 (cem) cestas básicas por mês, durante o período da suspensão do processo às comunidades pesqueiras e marisqueiras da região, e investimento em projetos sociais e ambientais, por onde o gasoduto foi instalado em área marítima. Com relação ao denunciado Luiz Robério Silva Ramos, o Ministério Público nomeou a condição de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de um ano, à razão de quatro horas semanais.

3. MODELO CONSENSUAL DE JUSTIÇA PENAL

Como tendência metodológica atual, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro tem separado a "grande" da "pequena" e "média" criminalidade,

---

II – ter o agente cometido a infração: (...)

e) atingindo áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas, por ato do Poder Público, a regime especial de uso; (...)

l) no interior do espaço territorial especialmente protegido; (...)

q) atingindo espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais das autoridades competentes; (...)."

ARANTES, Francine Nunes. A suspensão condicional do processo nos crimes ambientais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 173-199. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

como forma de proporcionar e viabilizar uma resposta jurídica adequada para cada conduta desviada, devido à heterogeneidade da fenomenologia criminal.[4]

Então, dentro de um novo modelo de justiça criminal, estão definidos espaço de consenso e espaço de conflito, vinculados, respectivamente, à pequena e média criminalidade e à criminalidade grave.

O legislador brasileiro, por meio da Lei 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual, inspirou e adotou o novo paradigma de justiça criminal, fundamentado no consenso. O art. 2.º da referida lei evidencia que o processo, nas infrações de menor potencial ofensivo,[5] além da simplicidade, oralidade, economia processual e celeridade, deve buscar, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Assim, no campo do direito processual penal, estão previstos institutos e procedimentos jurídicos distintos para cada espécie de criminalidade.

A diversão processual,[6] entendida como um procedimento que diverge do processo comum, como medida alternativa ao modelo formal, teve origem

4. Expressão utilizada por Manuel da Costa Andrade, em: ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal* (organizado pelo Centro de Estudos Judiciários). Coimbra: Almedina, 1988, p. 334.

5. O conceito de crime de menor potencial ofensivo está descrito no art. 61 da Lei 9.099/1995, que continha a seguinte redação: "Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial". Em contrapartida, a Lei 10.259/2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, em seu art. 2.º, parágrafo único, definia a infração penal de menor potencial ofensivo como sendo aquela na qual a pena máxima abstrata cominada não excedesse a dois anos, possuindo um conceito mais amplo. Durante muito tempo, e, devido ao tratamento desigual, houve divergência na doutrina e na jurisprudência sobre a aplicação ou não do conceito mais amplo no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais. Porém, com o advento da Lei 11.313/2006, acabaram-se as discussões. A referida lei unificou o conceito, mudando a redação do art. 61 da Lei 9.099/1995 para: "Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa".

6. A expressão foi assim traduzida para o português, do alemão, por José de Faria Costa. (COSTA, José de Faria. *Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?* Separata do volume LXI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1986. p. 91-158).

com os delitos de bagatela. Em virtude das grandes guerras mundiais e das circunstâncias socioeconômicas, houve um crescimento dos delitos de índole patrimonial, particularmente caracterizados por consistirem em subtrações de pequena relevância.

Porém, existem alguns princípios estruturais que prejudicam e restringem a aplicação da diversão processual.

O Princípio da Culpa, também conhecido através do termo latim *nulla poena sine culpa*, é o primeiro deles e significa que a aplicação de qualquer reação criminal deve ter suporte em um juízo de censura do autor do fato. Segundo esse princípio, não há pena sem culpa, como também não é possível alcançar uma pena *sine judicio*.

O movimento de diversão processual, também conhecido como desjudiciarização, trata-se de um método processual que tem lugar antes da definição da pena, ou declaração da culpa.

Ao discorrer sobre a Suspensão Condicional do Processo, o autor Luiz Flávio Gomes afirma que não há violação ao Princípio da Culpa, tendo em vista que a lei prevê o cumprimento de algumas "condições" e não de pena.[7] Nesse mesmo sentido, é a posição do autor Paulo Pinto de Albuquerque, quando afirma que as injunções e as regras de conduta não equivalem a uma pena criminal, considerando que não há confissão dos fatos e, muito menos, da culpa pelo arguido.[8]

Mas é o Princípio da Legalidade da Ação Penal, como referente normativo, que mais ocasiona obstáculos e dificuldades à aplicação da diversão processual. Qualquer delito, por mais desprezível que seja, deve ser julgado e apreciado em definitivo pelas instâncias formais competentes. Tanto a Polícia Judiciária como o Ministério Público devem atuar, compulsoriamente, para apurar e denunciar a infração, respectivamente. Assim, o Ministério Público é obrigado a propor a ação penal pública, no prazo legal, sempre que houver elementos razoáveis de convicção sobre a existência do crime e indícios de sua autoria. O art. 42 do Código de Processo Penal consagra o Princípio da Indisponibilidade, segundo o qual o Ministério Público, embora titular da

7. GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 133.

8. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 764.

ação penal, não detém a sua disponibilidade. Não pode o Ministério Público dispor da pretensão punitiva.

O Princípio da Obrigatoriedade configura uma garantia para os cidadãos, que, não possuindo legitimidade para investigar e denunciar, podem confiar que os órgãos públicos atuarão de ofício, em todos os casos de ação penal pública, gerando segurança para a sociedade.

Entretanto, mesmo com a positivação desses princípios, o legislador, por razões de política criminal, contemplou um espaço de oportunidade no exercício da persecução penal, criando institutos jurídicos e estratégias de diversão processual, à medida que a solução do conflito é baseada em um modelo amplamente consensual.

Cumpre destacar que o modelo consensual de justiça criminal está contemplado no art. 98, I, da Constituição da República brasileira.[9] Esse dispositivo constitucional determina a criação de Juizados Especiais, com competência para a conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo. Então, para dar cumprimento à norma constitucional, foi promulgada a Lei 9.099/1995.

O Princípio da Oportunidade, também denominado como Princípio da Discricionariedade ou Legalidade Mitigada, é uma exceção ao Princípio da Obrigatoriedade e possibilita o não cumprimento do dever de persecução ou acusação. Ele tem como base o princípio *minima non curat praetor*.[10]

Ao contrário do que acontece nas ações penais públicas, verifica-se que o Princípio da Oportunidade tem total aplicação nas ações penais exclusivamente privadas, na medida em que o ofendido ou o seu representante legal pode dela dispor de vários modos, através da renúncia, do perdão e da perempção.[11]

Dentre outros objetivos, o Princípio da Oportunidade pretende atingir uma maior aplicação da chamada justiça consensuada, em que o sujeito assume

9. Art. 98: "A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (...)."

10. Antigo brocardo romano que evidencia o Princípio da Insignificância, segundo o qual o pretor não cuidava de causas ou delitos de pequena importância.

11. Os institutos jurídicos da renúncia, do perdão e da perempção estão previstos entre os arts. 49 a 60 do Código de Processo Penal brasileiro.

algumas responsabilidades jurídicas, como, por exemplo, a reparação do dano em favor da vítima, que ocupam o lugar da pena; propicia a efetivação da moderna política criminal baseada na intervenção mínima do Direito Penal; apresenta uma solução processual para a criminalidade de menor ou médio potencial ofensivo; acelera, simplifica e desburocratiza a justiça criminal.[12]

Existem alguns critérios determinantes para o acolhimento do Princípio da Oportunidade que implica na decisão de arquivamento ou não arquivamento do "caso", e esses critérios são: irrelevante lesão ao bem jurídico tutelado; culpabilidade leve do transgressor; condições pessoais do acusado, como primariedade e bons antecedentes; suficiência de outras sanções diversas da pena; evita os efeitos negativos e estigmatizantes da instauração do processo e da realização da audiência de instrução e julgamento.

Nesse sentido, as estratégias de diversificação visam atingir e aumentar o grau de participação das pessoas individuais na resolução do conflito, intensificando o consenso e a tolerância, buscando sempre uma justiça melhor. Desse modo, quando um crime de pequena ou média gravidade é solucionado antes da realização da audiência de instrução e julgamento, o aparelho judiciário terá maior disponibilidade de capacidades para combater a criminalidade grave.[13]

A justiça consensual pressupõe a realização de acordos entre os sujeitos processuais, ou seja, entre a acusação e a defesa. O consenso será razoável e plausível quando concretizado com base na liberdade e dignidade humana.

Então, conclui-se que o Princípio da Legalidade ou Obrigatoriedade processual continua sendo a regra e que, excepcionalmente, em alguns casos previstos em lei e sob o controle judicial, pode o Ministério Público dispor da pretensão punitiva. A Suspensão Condicional do Processo é uma manifestação concreta do Princípio da Oportunidade regrada[14] e, consequentemente, uma forma consensual de resolução do conflito jurídico-criminal.

---

12. Nesse sentido, GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 154.

13. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Op. cit., p. 757.

14. Nesse sentido, TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade – Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 41. Contra esse entendimento, considerando que a Suspensão Provisória do Processo e o Processo Sumaríssimo são mecanismos de diversão e constituem limitações ao Princípio da Legalidade, que não envolvem a intervenção de um verdadeiro Princípio da Oportunidade, CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da "justiça absoluta" e o fetiche da "gestão eficiente" do sistema. *Revista do Ministério Público*. n. 84. ano 21. p. 31-47. out.-nov. 2000, p. 47. Já o autor Germano Marques da Silva afirma que a Suspensão Provisória do Processo e o Pro-

4. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Embora com nomenclaturas diferentes, o instituto jurídico da Suspensão Condicional do Processo está previsto em diversos ordenamentos jurídicos, efetivando a diversão, oportunidade e celeridade processual. Em razão dos contributos e influências no desenvolvimento da Suspensão Condicional do Processo no Brasil, as peculiaridades de tal instituto serão analisadas também no sistema processual penal português e alemão.

4.1 Brasil

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, desde que o acusado preencha alguns requisitos legais, por força do art. 89 da Lei 9.099/1995.[15]

---

cesso Sumaríssimo são formas consensuais do processo, em SILVA, Germano Marques da. Em busca de um espaço de consenso em processo penal. In: OLIVEIRA, Antônio Cândido de (coord.). *Estudos em homenagem a Francisco José Velozo*. Braga: Coimbra Ed., 2002, p. 697.

Importante destacar que a exposição de motivos da Lei 9.099/1995 menciona que, embora os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública seja a tradição, adotou-se a "discricionariedade controlada" com relação a delitos de menor gravidade.

15. Art. 89: "Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1.º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – proibição de frequentar determinados lugares;

III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2.º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3.º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

Antes da análise da estrutura jurídica da Suspensão Condicional do Processo, cumpre destacar o conceito, a natureza jurídica, os fundamentos e as finalidades do instituto.

Em termos conceituais, afirma Luiz Flávio Gomes que o instituto jurídico em estudo é a "paralisação do processo, com potencialidade extintiva da punibilidade, caso todas as condições acordadas sejam cumpridas, durante determinado período de prova".[16] Verifica-se que é o processo, *ab initio*, que se suspende.

Com relação à natureza jurídica, embora não seja um entendimento pacífico,[17] a maioria da doutrina e da jurisprudência[18] entende que a Suspensão Condicional do Processo é um direito público subjetivo do acusado. Logo, quando estiverem presentes todos os requisitos legais da medida alternativa, cabe ao Ministério Público a obrigação de formulá-la, constituindo um poder-dever.

Como fundamentos da Suspensão Condicional do Processo, destaca-se o princípio da oportunidade, o princípio da autonomia da vontade e o princípio da desnecessidade da pena de prisão de curta duração.

Quanto às finalidades que se deseja prosseguir com o instituto, ressalta-se a agilização, economia e celeridade do aparelho de justiça formal. Porém, o escopo mais marcante, segundo Luiz Flávio Gomes, é evitar a estigmatização causada pelo processo e, consequentemente, esquiva-se também da estigmatização que traz a sentença condenatória.

---

§ 4.° A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.
§ 5.° Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.
§ 6.° Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.
§ 7.° Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos."

16. GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 127.

17. Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly entendem que a Suspensão Condicional do Processo é um ato discricionário do Ministério Público, adotando a doutrina do *facultas agendi*, em DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Juizados especiais criminais – Comentários*. Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 109. Já a jurista e professora Ada Pellegrini Grinover, acompanhada por Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, possuem entendimento diverso, defendendo ser um ato consensual bilateral, como ocorre na transação.

18. O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão sobre a matéria, entendeu que a Suspensão Condicional do Processo é um direito público subjetivo do acusado (STJ, HC 131.108/RJ (2009/0044973-5), rel. Jorge Mussi, j. 18.12.2012).

Entrando na estrutura jurídica da Suspensão Condicional do Processo e, mais especificamente, no âmbito de admissibilidade, verifica-se que o marco principal é a pena mínima cominada (igual ou inferior a um ano) pelo legislador, podendo o instituto ser aplicado para os crimes militares, eleitorais, ecológicos e todos os outros delitos previstos em leis especiais. Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, "é um instituto de ampla e geral aplicação".[19]

Preenchido o critério objetivo (pena mínima cominada), deve-se observar também o critério subjetivo, ou seja, a culpabilidade, os antecedentes, a motivação, a intensidade das lesões, a reparação e consideração com a vítima, dentre outros.

O art. 89 da Lei 9.099/1995 aponta alguns requisitos de admissibilidade: inexistência de processo em curso; inexistência de condenação anterior por crime; presença dos demais requisitos do art. 77 do Código Penal: que o condenado não seja reincidente em crime doloso; que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, autorizem a concessão do benefício.

O referido artigo, ao exigir como requisito de admissibilidade a inexistência de processo em curso, viola o princípio constitucional da presunção de inocência. De acordo com a doutrina e a jurisprudência majoritária, nessa circunstância, cabe ao juiz realizar um exame mais aprofundado das condições judiciais, não podendo somente esse requisito ser óbice à aplicação da Suspensão Condicional do Processo.

Segundo o preceito legal, o oferecimento da denúncia é o momento adequado para elaborar a proposta de suspensão do processo. É no ato da proposta ou iniciativa do Ministério Público que rege o Princípio da Oportunidade.

Ao acusado, cabe aceitar ou não as condições e o conteúdo da proposta e, aceitando, verifica-se o consenso. Cabe ressaltar que não se discute a culpabilidade do acusado.

O juiz, ao receber a denúncia, além de homologar a suspensão, deverá fiscalizar a espontaneidade da aceitação, estando a atuação do Ministério Público subordinada ao controle judicial.

Verifica-se que o instituto jurídico da Suspensão Condicional do Processo possui natureza processual e também penal, pois acarreta o sobrestamento do processo e pode levar à extinção da punibilidade.

Com relação à fase executiva, verifica-se que a fiscalização e o controle das condições fixadas no ato da suspensão do processo são de competência

19. GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 281.

do juízo processante, e não do juízo das execuções, tendo em vista que a Lei de Execuções Penais (arts. 105, 147 e outros da Lei 7.210/1984) possui competência somente após o trânsito em julgado da sentença e, em se tratando de suspensão do processo, não existe pena e nem sentença de mérito transitada em julgado.

4.2 Portugal – Suspensão Provisória do Processo

A Suspensão Provisória do Processo[20] está contemplada no ordenamento jurídico português, no art. 281.º do Código de Processo Penal, aprovado pelo Conselho de Ministros em 04 de Dezembro de 1986, sofrendo alterações com o decorrer do tempo.

Ao analisar a Suspensão Provisória do Processo, sob a perspectiva do consenso e oportunidade, o autor Manuel da Costa Andrade afirma que o instituto configura, claramente, uma margem de consenso no processo penal, tendo em vista a participação dos sujeitos processuais (Ministério Público, arguido, assistente e juiz de instrução), cuja anuência é indispensável para a sua efetivação, como também pelo fato de favorecer a conciliação no domínio do Direito Penal e aumentar a celeridade e eficácia do sistema penal, reduzindo a complexidade existente no processo comum.[21]

De acordo com o art. 281.º do Código de Processo Penal, o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente, determina a Suspensão Provisória do Processo quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 05 (cinco) anos ou com sanção diferente da prisão, mediante a imposição de injunções e regras de conduta ao arguido.

A autora Maria Amélia Jardim explica que as injunções são obrigações que podem ser cumpridas de forma instantânea e que se extinguem com o seu cumprimento, já as regras de conduta são obrigações de cumprimento continuado, de caráter positivo ou negativo.[22]

As injunções e regras de conduta devem ser adequadas ao caso, atendendo às necessidades de prevenção geral e especial, não podendo ser ponderadas ne-

20. Para uma ampla e detalhada análise do instituto, cfr. TORRÃO, Fernando José dos Santos Pinto. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000.

21. ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 350.

22. JARDIM, Maria Amélia. *Trabalho a favor da comunidade – a punição em mudança*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 239.

cessidades retributivas do crime, tendo em vista que não correspondem a uma pena criminal.[23] Tais medidas estão previstas no n. 2 do art. 281.º, em um rol meramente exemplificativo, pois a alínea *m* é considerada uma cláusula aberta e possibilita a aplicação de condutas não expressamente previstas no artigo, ao estabelecer a alternativa de utilização de "qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso",[24] desde que não ofendam a dignidade do arguido (art. 281.º, n. 4).

O referido artigo elenca os seguintes pressupostos para a aplicação do instituto: concordância do arguido e do assistente; ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza; ausência de aplicação anterior de suspensão provisória do processo por crime da mesma natureza; não haver lugar a medida de segurança de internamento; ausência de um grau de culpa elevado e ser de prever que o cumprimento das injunções responda, suficientemente, às exigências de prevenção que no caso se façam sentir.

Verificados os pressupostos de aplicação do benefício, o Ministério Público deve determinar a suspensão do processo, tendo em vista ser um poder-dever do órgão ministerial.[25]

O arguido tem que consentir com a suspensão do processo, a sua duração e as injunções e regras de conduta estabelecidas pelo Ministério Público, não podendo tal ato, que é pessoal, ser praticado pelo defensor.[26]

O art. 281.º exige a concordância do juiz de instrução como pressuposto de aplicação da Suspensão Provisória do Processo. Tal concordância não estava prevista no projeto do Código de Processo Penal, mas foi imposta pelo Tribunal Constitucional através do acórdão n. 7/87.

Obtida a concordância dos sujeitos processuais, aplica-se o art. 282.º do Código de Processo Penal, o qual estabelece a duração e os efeitos da suspensão. Se o arguido cumprir as condições impostas pelo Ministério Público, o processo é arquivado, extinguindo-se a punibilidade do fato que dele era obje-

23. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Op. cit., p. 764.

24. Cumpre destacar que o Tribunal Constitucional, através do acórdão n. 144/2006 pronunciou pela constitucionalidade da cláusula aberta prevista no art. 281.º, n. 2, *m*, do Código de Processo Penal. O referido tribunal considerou que a injunção concreta de prestar trabalho voluntário, durante o período de quatro meses, com encaminhamento, acompanhamento e fiscalização do Instituto de Reinserção Social, não violava o Princípio da Legalidade das medidas restritivas de liberdade.

25. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Op. cit., p. 759.

26. Idem, p. 760.

to. Porém, quando o arguido não cumprir as injunções e regras de conduta ou cometer crime da mesma natureza – pelo qual venha a ser condenado, a suspensão provisória do processo será revogada e, consequentemente, o processo terá prosseguimento.

Importante destacar que a Lei 48/2007, de 29 de Agosto alterou a redação do art. 281.º do Código de Processo Penal, ampliando o âmbito de aplicação da Suspensão Provisória do Processo, ao admitir o requerimento do arguido e do assistente para a concessão do benefício, como também restringiu as condições referentes aos antecedentes criminais e ao grau de culpa.[27]

A Lei 51/2007, de 31 de Agosto, também é relevante no que se refere à Suspensão Provisória do Processo em Portugal. Ao definir os objetivos, prioridades e orientações de política criminal, a referida lei dispõe em seu art. 12.º, n. 1, *b*, que os membros do Ministério Público devem privilegiar a aplicação do instituto jurídico em análise, identificando os concretos processos a que se aplica esse benefício.[28]

Não obstante o legislador português ter optado pela abrangência do instituto, privilegiando a adoção do modelo consensual de justiça no processo penal, verifica-se que, na prática,[29] "a solução tem sido prejudicada por uma incorreta gestão dos serviços do Ministério Público. A 'lógica da produção' incita a que se opte pela acusação e não pela suspensão provisória do processo num caso em que esta seria a solução adequada de acordo com a 'lógica da justiça' (...)".[30]

Por fim, cumpre ressaltar que o instituto jurídico em análise tem aplicação nos crimes ambientais previstos no Código Penal Português. O art. 278.º tipifica o crime de danos contra a natureza e o art. 279.º consagra o crime de poluição, ambos prevendo punição com pena de prisão até 03 (três) anos ou com pena de multa até 600 (seiscentos) dias.

---

27. Idem, p. 760.

28. Idem, p. 766.

29. Os relatórios da Procuradoria Geral da República dos anos de 1996, 1997 e 1998 apontam que a quantidade de inquéritos em que houve aplicação da Suspensão Provisória do Processo foi muito baixa: cerca de 0,30% do número de inquéritos findos. Nesse sentido, FERNANDO, Rui do Carmo Moreira. O Ministério Público face à pequena e média criminalidade (em particular, a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo). *Revista do Ministério Público*. n. 81. ano 21. p. 129-150. jan.-mar. 2000, p. 142.

30. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Op. cit., p. 758. Nesse mesmo sentido, FERNANDO, Rui do Carmo Moreira. Op. cit., p. 142.

4.3 *Alemanha* – Einstellung gegen Auflagen und Weisungen

Além de instrumentos para evitar processos ou abreviá-los, o ordenamento processual penal alemão também prevê instrumentos para simplificar e acelerar os procedimentos, como forma de dar tratamento diferenciado aos assuntos importantes e aos assuntos considerados simples[31].

O *Strafprozessordnung* prevê o arquivamento sem imposição de condições (§ 153 StPO) e o arquivamento com imposição de determinadas condições (§ 153a StPO), sendo esta última a figura mais próxima da Suspensão Condicional do Processo e da Suspensão Provisória do Processo.

O § 153a StPO aplica-se para a pequena e média criminalidade,[32] estando limitado aos delitos cuja pena privativa de liberdade não seja superior a um ano (*Vergehen*[33]).

Segundo o § 153a do StPO, poderá o Ministério Público, antes de ser proferida a acusação, em caso de delito, com a aprovação do tribunal competente para a abertura do processo e do arguido, prescindir, provisoriamente, do exercício da ação pública e impor ao arguido condições e deveres, se esses forem apropriados a fazer desaparecer o interesse público na persecução penal, desde que não obste uma culpa grave.

Porém, uma vez proferida a acusação, somente o juiz de instrução, com o consentimento do arguido e do Ministério Público, poderá dispor desse instituto.

Cumpre destacar que o § 153a do StPO diferencia as condições (*Auflagen*) das instruções (*Weisungen*). As condições previstas em lei são: obrigação de reparar o dano; pagamento de um montante em dinheiro a instituições de utilidade pública ou a órgãos do próprio Estado; ou, ainda, de realizar tarefas de utilidade pública. Já as instruções desempenham finalidades preventivas, seguindo uma política de reabilitação.

---

31. MADLENER, Kurt. Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de "prazo razoável" e de "celeridade". Observações a respeito da justiça alemã. In: MONTE, Mario Ferreira (coord.). *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 656.

32. Abordando o assunto na perspectiva do ordenamento jurídico alemão, cfr. HÜNERFELD, Peter. A pequena criminalidade e o processo penal. *Revista de Direito e Economia*. p. 25-45. jan.-jun. 1978, p. 25-45.

33. O legislador alemão estabelece uma diferença entre *Vergehen* e *Verbrechem*. O primeiro termo refere-se a delitos punidos com pena não superior a um ano, e o segundo diz respeito a crimes castigados com pena superior a um ano.

Segundo o autor Kurt Madlener, "o que tem importância na prática é, em primeiro lugar, o pagamento de uma quantia em dinheiro a uma instituição de utilidade pública",[34] apontando como exemplos a Cruz Vermelha e o Greenpeace.

A *Einstellung gegen Auflagen und Weisungen*, de acordo com o autor Pablo Galain Palermo, é muito utilizada pelos operadores penais alemães, principalmente nos crimes econômicos e de colarinho branco, propiciando uma maior eficácia e celeridade ao sistema de justiça. O citado autor ainda destaca que os operadores do direito, como regra geral, impõem ao autor do fato a obrigação de entregar certa quantia a instituições de beneficência pública e não utilizam a obrigação de reparação do dano à vítima.[35]

Então, se o arguido cumprir as condições e instruções determinadas pelo Ministério Público, o fato não poderá ser perseguido como delito e a suspensão torna-se definitiva.

Ao discorrer sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão, o autor Claus Roxin apresenta críticas ao instituto jurídico previsto no § 153a do StPO, afirmando que a lei processual penal deveria ser mais especifica quanto ao critério da culpa e os pressupostos do afastamento do interesse público na persecução penal. Segundo o referido autor, a decisão de "desformalização" do processo deveria ser fundamentada, como na sentença. A solução proposta por Roxin é no sentido de estabelecer, em uma seção ou em um capítulo no StPO, critérios de aplicação mais claros e conferir maior transparência decisória ao instituto jurídico.[36]

Por fim, cumpre destacar que a *Einstellung gegen Auflagen und Weisungen* introduzida no StPO em 1974, foi o modelo inspirador da Suspensão Provisória do Processo em Portugal e, indiretamente, da Suspensão Condicional do Processo no Brasil.

---

34. MADLENER, Kurt. Op. cit., p. 658.

35. PALERMO, Pablo Galain. Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal. In: MONTE, Mario Ferreira (coord.). *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 622.

36. ROXIN, Claus. Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão. In: MONTE, Mario Ferreira (coord.). *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 389-390.

5. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO NA LEI 9.605/1998

A Lei 9.605/1998, para dar efetividade à norma programática constante no art. 225, § 3.°, da Constituição da República brasileira, dispôs sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Não obstante os crimes definidos na referida lei se manifestarem como fatos que geram graves consequências para o equilíbrio ecológico, adotou-se o modelo consensual de justiça, no qual o conflito ambiental é resolvido de uma forma mais rápida e simples. Estabeleceu-se uma relação de semelhança entre os crimes ambientais e os delitos de bagatela.

Nesse viés, o art. 28[37] da Lei 9.605/1998 previu a aplicação da Suspensão Condicional do Processo para os crimes ambientais, entendendo o legislador brasileiro que tal mecanismo processual é adequado para a proteção do bem jurídico ambiental.

Como já mencionado, o benefício processual previsto no art. 89 da Lei 9.099/1995 possui ampla aplicação. Porém, a Lei de Crimes Ambientais acrescentou algumas modificações ao instituto, com finalidades reparatórias do dano ambiental.

Verifica-se, pela redação do art. 28, que o legislador restringiu a aplicação do benefício processual aos crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, àque-

37. Art. 28: "As disposições do art. 89 da Lei 9.099, de 26.09.1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:
I – a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5.° do artigo referido no *caput*, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1.° do mesmo artigo;
II – na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no *caput*, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição;
III — no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1.° do artigo mencionado no *caput*;
IV – findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III;
V – esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano."

les em que a pena máxima cominada não seja superior a 2 (dois) anos. O rol de incidência do art. 89 da Lei 9.099/1995 é bem mais amplo, permitindo a suspensão do processo para infrações com pena mínima de um ano, não importando a pena máxima cominada.

Porém, tanto a doutrina[38] como a jurisprudência fazem uma interpretação finalística da lei, permitindo a aplicação do benefício para todos os crimes ambientais, cuja pena mínima não ultrapasse um ano. O legislador utilizou, equivocadamente, a terminologia "crimes de menor potencial ofensivo", na redação do art. 28 da Lei 9.605/1998, pois, de outro modo, a norma do art. 89 da Lei 9.099/1995 ficaria esvaziada e ineficaz para os crimes ambientais.

Nesse sentido, o benefício da Suspensão Condicional do Processo é cabível para todas as infrações previstas na Lei dos Crimes Ambientais, salvo a do art. 41, que trata de incêndio em mata e floresta, cuja pena mínima cominada é de dois anos.

As modificações inseridas nos incs. I a V do art. 28 da Lei 9.605/1998 determinam a reparação integral do dano, que deverá ser comprovada por meio de um laudo pericial, como condição para a extinção de punibilidade do agente, face à Suspensão Condicional do Processo.

Desse modo, a reparação do dano na Lei 9.605/1998 pode ser considerada uma terceira via punitiva?

O legislador brasileiro, ao criar e elaborar a Lei de Crimes Ambientais, preocupou-se com a reparação do dano ambiental. Não só o art. 28 da Lei 9.605/1998 é orientado pelo princípio da reparação do dano ambiental, como também o art. 27, que diz respeito à transação penal (aplicação imediata de multa ou de pena restritiva de direito), e o art. 20, sobre a sentença penal condenatória.

O princípio da reparação do dano ambiental também está contemplado no art. 225, §2.°, da Constituição da República brasileira, ao estabelecer que "aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei".

Porém, o instituto jurídico da reparação do dano adquire inúmeras feições no ordenamento jurídico brasileiro, tornando-se difícil defini-lo dogmaticamente.

38. Nesse sentido, MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 1502 e FERNANDES, Antonio Scarance. A nova lei ambiental e a justiça consensual. *Boletim IBCCrim*. n. 65. 1998, p. 4.

De acordo com o Código Penal brasileiro, a indenização do dano causado pelo crime é uma consequência da sentença penal condenatória transitada em julgado, conforme dispõe o art. 91, I.[39] Contudo, além de ser efeito da condenação, a reparação do dano também é conceituada pelo legislador penal como circunstância atenuante da pena (art. 65, III, *b*).[40]

Já a Lei de Crimes Ambientais, para as hipóteses de Suspensão Condicional do Processo, impôs a reparação do dano ambiental como condição de extinção da punibilidade do agente, como já anteriormente mencionado.

No entendimento de Claus Roxin,[41] a reparação do dano tem uma natureza punitiva, constituindo uma nova sanção frente às penas e às medidas de segurança. O citado autor afirma que a terceira via se enquadra, no sistema penal, no âmbito das sanções, fundamentada em princípios de política criminal e no princípio da subsidiariedade. Segundo a proposta dogmática de Claus Roxin, existem motivos convincentes para incluir a reparação do dano no sistema penal, tendo em vista que esta se adéqua aos interesses da vítima, colabora para o restabelecimento da paz jurídica, tem efeito ressocializador (obriga o autor a enfrentar as consequências do fato e a conhecer os interesses da vítima), como também pode ocorrer a reconciliação entre o autor e a vítima, facilitando a reintegração do culpado.[42] Porém, Claus Roxin conclui que somente se poderá falar em um Direito Penal de três vias quando o legislador efetivar a reparação do dano no sistema penal das sanções.

O autor Pablo Galain Palermo[43] apresenta criticas à teoria da terceira via punitiva, proposta por Claus Roxin, afirmando que, se o Direito Penal se limitar a realizar uma função de imputação de responsabilidades ou de mera

39. Art. 91: "São efeitos da condenação:
I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (...)

40. Artigo 65: São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...)
III – ter o agente:
b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; (...)."

41. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General: Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito.* Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 108.

42. ROXIN, Claus. Pena y reparación. *Anuario de derecho penal y ciencias penales.* vol. LII. p. 5-15. enero-diciembre, 1999, p. 7-9.

43. PALERMO, Pablo Galain. *Suspensão do processo...* cit., p. 637. Nesse mesmo sentido, também cfr. PALERMO, Pablo Galain. La reparación del daño como 'tercera vía' puniti-

prevenção, acabará assemelhando-se aos objetivos do Direito Civil, além de abandonar os critérios subjetivos e retomar os critérios objetivos. Para Pablo Galain, a reparação do dano, como terceira via punitiva, carece de base dogmática dentro do rol punitivo, mas o autor concorda que tal instituto é um novo modelo de intervenção penal, baseado no princípio da humanidade das sanções e na sanção mínima. Porém, na concepção do citado autor, a reparação deve, obrigatoriamente, ser homologada pelo juiz, em forma de sentença definitiva, sendo necessária a declaração de culpa para pôr fim à presunção constitucional de inocência.

Apesar da teoria da terceira via punitiva de Claus Roxin merecer destaque, verifica-se que, no âmbito da Suspensão Condicional do Processo, não se fala em pena, e sim em condições. Não há declaração de culpa, bastando apenas a aceitação e assunção voluntária da responsabilidade.

Ao criar a lei de Crimes Ambientais, o legislador preocupou-se com o Princípio da Adequação, no qual as condições impostas devem ser adequadas e proporcionais ao fato, devendo o juiz, no momento de fixar as condições da suspensão do processo, buscar um duplo objetivo, ou seja, a prevenção geral e a prevenção especial, caracterizadas, respectivamente, pelo efeito intimidatório e de ressocialização.

Conclui-se, portanto, que a reparação do dano é arrolada como mais uma condição que deverá ser imposta na Suspensão Condicional do Processo nos crimes ambientais, não possuindo características punitivas. Ao contrário, caracterizaria uma antecipação de pena, o que não pode ocorrer sem que se reconheça, formalmente, a culpabilidade do agente, com estrita observância ao devido processo legal.

6. ANÁLISE CRÍTICA DO CASO

De acordo com o art. 129 da Constituição da República brasileira, são funções institucionais do Ministério Público,[44] dentre outras: "promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei" (inc. I), como também

va? Especial consideración a la posición de Claus Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 55. ano 13. p. 162-229. jul.-ago. 2005, p. 162-229.

44. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993) também prevê como funções do órgão ministerial a promoção da ação penal pública, do inquérito civil e da ação civil pública. O inquérito civil e a ação civil pública são destinados "para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e

"promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (inc. III).

No caso em análise, o procurador da república optou por instaurar uma ação penal, denunciando a Petrobras e Luiz Robério Silva Ramos, segundo as penas do art. 54, *caput*, combinado com o art. 15, II, *e*, *l* e *q*, todos da Lei 9.605/1998.

Tendo em vista a intervenção mínima do Direito Penal, considerado como *ultima ratio*, em matéria de responsabilidade jurídica, questiona-se a adequação e suficiência da ação civil pública para a proteção do bem jurídico ambiental.

A ação civil pública tem como objeto a condenação do réu a uma obrigação de fazer, não fazer ou a indenização em dinheiro, sendo a recuperação *in natura* do dano ambiental a principal finalidade desse instrumento processual,[45] assemelhando-se com as condições sugeridas pelo Ministério Público, ao propor a Suspensão Condicional do Processo aos acusados.

Porém, nada obsta que o Ministério Público promova, ao mesmo tempo, a ação civil pública e a ação penal pública, desde que estejam presentes indícios de autoria e materialidade do crime. Até porque o art. 225, § 3.º, da Constituição da República brasileira consagra a tripla responsabilidade ambiental, podendo um mesmo fato ser punido nas esferas penal, civil e administrativa.[46] As esferas são independentes,[47] possuindo diferentes perspectivas com relação ao bem jurídico. Desse modo, agiu corretamente o procurador da república, ao instaurar a ação penal contra a Petrobras e o representante Luiz Robério Silva Ramos.

A legislação ambiental é inteiramente direcionada pelo Princípio da Prevenção, segundo o qual devem ser adotadas medidas que evitem o nascimento de da-

---

a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos" (art. 25, III e IV).

45. CAPPELLI, Sílvia. Ação civil pública ambiental: a experiência brasileira, análise de jurisprudência. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. n. 52. p. 279-310. jan.-abr. 2004, p. 279.

46. Nesse sentido, MILARÉ, Édis. Op. cit., p. 1275 e FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 11. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 124-125.

47. O art. 935 do Código Civil dispõe que: "A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal".

nos e agressões ao meio ambiente.[48] Em sentido diverso, são as finalidades do Direito Penal, que atua no *post fato*, na medida em que lida com o dano já ocorrido. Nesse sentido, há uma suposta contradição entre o princípio basilar do Direito Ambiental e o benefício processual penal da Suspensão Condicional do Processo.

Um exemplo de direcionamento preventivo é o estudo de impacto ambiental previsto no art. 225, § 1.°, IV, da Constituição da República brasileira, o qual foi utilizado no caso em análise. A Petrobras, na data de 10.06.2005, obteve a Licença de Instalação expedida pelo Ibama, que analisou o estudo de impacto ambiental realizado pela empresa para obter a referida licença.

Não obstante à atuação preventiva por parte do Ibama, ocorreu o dano ambiental, estando os fatos tipificados como crime na Lei 9.605/1998. A atuação do Direito Penal fez-se necessária, tendo em vista que os fatos representaram graves e reais lesões a bens e valores fundamentais da comunidade.

Nesse ponto, importante destacar que o legislador brasileiro, ao formular os tipos penais ambientais, adotou a perspectiva preventiva que embasa todo o Direito Ambiental, abarcando na Lei 9.605/1998 não só os danos como também os riscos. O crime ecológico, cada vez mais, é concebido como crime de perigo. Ocorre, dessa forma, uma antecipação da proteção do bem jurídico a fases anteriores à efetiva lesão.

No caso em análise, o Ministério Público Federal ofereceu a proposta de Suspensão Condicional do Processo aos acusados, visto que os pressupostos objetivos e subjetivos para a aplicação do instituto estavam presentes, atuando com base no Princípio da Oportunidade.

O procurador da república, ao propor o benefício, sugeriu algumas condições à Petrobras e ao representante da empresa, Luiz Robério Silva Ramos, às quais estão diretamente relacionadas com o dano causado no local do crime.

O art. 28 da Lei de Crimes Ambientais não especifica as condições a serem aplicadas na Suspensão Condicional do Processo, ficando a cargo dos membros do Ministério Público a fixação das obrigações e, ao juiz, a sua homologação. Até porque, as condições estabelecidas pelo § 1.° do art. 89 da Lei 9.099/1995 – que consistem na proibição de frequentar determinados lugares (inc. I); na proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização

48. LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Juridicidade do dano ambiental sob o enfoque da geração de problemas ambientais: perspectivas do direito brasileiro. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (orgs.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* Coimbra: Coimbra Ed., 2012, p. 385.

do Juiz (inc. II); e no comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (inc. III) – são incompatíveis com a realidade dos entes coletivos.

Então, aplica-se o disposto no § 2.º do art. 89 da Lei 9.099/1995, segundo o qual as condições devem ser adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. Com isso, a Suspensão Condicional do Processo torna-se pedagógica ao infrator e instrumento de prevenção geral e especial, ao invés de instituto a garantir a impunidade. Nesse sentido, as condições sugeridas pelo procurador da república no caso concreto estão proporcionais e adequadas.

Porém, a Petrobras e o representante da empresa, Luiz Robério Silva Ramos, em audiência preliminar, recusaram a aceitação da proposta. Verifica-se que o modelo consensual de justiça penal não teve aplicação, optando os acusados pela continuidade do feito (art. 89, § 7.º, da Lei 9.099/1995), a fim de demonstrarem a sua inocência.

Em resposta preliminar, os acusados, através de advogado legalmente constituído, argumentaram pela falta de justa causa para a ação penal e a inépcia da denúncia, como também a inexistência de conduta punível. Segundo a defesa, houve estrita observância dos termos da Licença Ambiental, concluindo que a acusação do Ministério Público Federal foi impulsionada pelos apelos midiáticos que a proteção ao meio ambiente, muitas vezes, sugere.

O juízo, analisando os argumentos trazidos pelos acusados, absolveu, sumariamente o réu Luiz Robério Silva Ramos, considerando que os fatos apurados em relação a ele não constituem crime, tendo em vista que ser o representante da empresa para fins de recebimento de uma autuação administrativa, por si só, não torna o funcionário diretamente responsável pela execução da obra e, muito menos, responsável criminal. Determinou o prosseguimento do feito, com designação de audiência de instrução e julgamento com relação à empresa, em apelo à responsabilidade objetiva.[49]

49. Importante destacar que o art. 3.º e seu parágrafo único, da Lei de Crimes Ambientais, estabelecem o sistema de dupla imputação, ou seja, a corresponsabilidade entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas. Nesse sentido: MILARÉ, Édis. Op. cit., p. 1292; LECEY, Eládio. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 35. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 70 e SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 176.
Porém, a matéria é controversa na jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão (STF, AgRg em RE 628582/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 17.02.2012, com publicação no informativo do STF n. 639), emitiu julgado sobre a questão e negou o sistema da dupla imputação até então praticada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Pela análise dos autos, constata-se que ainda não houve a realização de audiência de instrução e julgamento.

Então, o conflito jurídico-penal, iniciado em 07.04.2009, está sem resolução até a presente data (Novembro de 2013), tramitando na justiça há 04 (quatro) anos. Como consequência, o dano ambiental causado pela empresa, comprovado através do laudo técnico elaborado pelo Ibama, não foi reparado. O objetivo primordial da Lei de Crimes Ambientais, de proteção do meio ambiente, não foi atingido no caso concreto.

7. CONCLUSÃO

A Suspensão Condicional do Processo, como manifestação da diversão processual e do Princípio da Oportunidade, é um grande avanço no campo do Direito Processual Penal, efetivando o modelo consensual de justiça, no âmbito dos conflitos criminais, e dando uma resposta processual diferente à pequena criminalidade.

Muito embora os fatos descritos na Lei 9.605/1998 causem profundos danos ao meio ambiente, a referida lei adotou o modelo consensual de justiça para solucionar os conflitos jurídico-ambientais.

Constata-se que a legislação ambiental é orientada pela tutela preventiva, estabelecendo medidas e instrumentos jurídicos preventivos, precaucionais e solidários. Tais medidas devem ter prioridade em relação à atuação no *post fato*, uma vez que a reparação integral do dano é, muitas vezes, impossível.

Nesse sentido, deseja-se a intervenção mínima do Direito Penal na tutela do bem jurídico ambiental.

Porém, quando se trata de fatos que geram graves e reais lesões a bens e valores fundamentais, o Direito Criminal deve atuar e, consequentemente, quando estiverem presentes os requisitos para a concessão da Suspensão Condicional do Processo, esta deve ser utilizada.

O Ministério Público, ao estabelecer, na proposta de Suspensão Condicional do Processo, as medidas que orientarão todo o período de prova, deve se pautar pelo princípio da adequação ao fato e a situação pessoal do acusado, ponderando critérios de prevenção geral e especial.

No que tange especialmente aos crimes ambientais, a Lei 9.605/1998 exige, para fins de aplicação do referido benefício processual, uma condição adicional obrigatória: a reparação do dano ambiental. Nota-se que esta condição complementar, assim como as demais impostas na Suspensão Condicional do Processo, não possui característica de pena, sendo apenas mais uma medida a ser (obrigatoriamente) cumprida para que a punibilidade do agente seja extinta.

ARANTES, Francine Nunes. A suspensão condicional do processo nos crimes ambientais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 173-199. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

Portanto, pode-se dizer que a exigência de reparação do dano ambiental, para concessão do benefício processual em questão, prende-se com a qualidade do crime praticado (o crime ambiental), prestando-se então, a tornar efetiva a proteção jurídica do meio ambiente, pois adéqua a via instrumentária penal à repressão dos danos causados àquele bem jurídico.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal* (organizado pelo Centro de Estudos Judiciários). Coimbra: Almedina, 1988. p. 317-358.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da "justiça absoluta" e o fetiche da "gestão eficiente" do sistema. *Revista do Ministério Público*. n. 84. ano 21. p. 31-47. out.-nov. 2000.

CAPPELLI, Sílvia. Ação civil pública ambiental: a experiência brasileira, análise de jurisprudência. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. n. 52. p. 279-310. jan.-abr. 2004.

COSTA, José de Faria. *Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?* Separata do volume LXI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1986. p. 91-158.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Juizados especiais criminais – Comentários*. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. A nova lei ambiental e a justiça consensual. *Boletim IBCCrim*. n. 65. 1998. p. 1-37.

FERNANDO, Rui do Carmo Moreira. O Ministério Público face à pequena e média criminalidade (em particular, a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo). *Revista do Ministério Público*. n. 81. ano 21. p. 129-150. jan.-mar. 2000.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 11. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1997.

HÜNERFELD, Peter. A pequena criminalidade e o processo penal. *Revista de Direito e Economia*. p. 25-45. jan.-jun. 1978.

JARDIM, Maria Amélia. *Trabalho a favor da comunidade – a punição em mudança*. Coimbra: Almedina, 1988.

LECEY, Eládio. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 35. São Paulo: Ed. RT, 2004.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Juridicidade do dano ambiental sob o enfoque da geração de problemas ambientais: perspectivas do direito brasileiro. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (orgs.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* Coimbra: Coimbra Ed., 2012. p. 367-393.

MADLENER, Kurt. Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de "prazo razoável" e de "celeridade". Observações a respeito da justiça alemã. In: MONTE, Mario Ferreira (coord.). *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 645-670.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Ed. RT, 2011.

PALERMO, Pablo Galain. La reparación del daño como 'tercera vía' punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 55. ano 13. p. 162-229. jul.-ago. 2005.

_____. Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal. In: MONTE, Mario Ferreira (coord.). *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 613-643.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General: Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Editorial Civitas, 1997.

_____. Pena y reparación. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. vol. LII. p. 5-15. enero-diciembre, 1999.

_____. Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão. In: MONTE, Mario Ferreira (coord.). *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 385-398.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003.

SILVA, Germano Marques da. Em busca de um espaço de consenso em processo penal. In: OLIVEIRA, Antônio Cândido de (coord.). *Estudos em homenagem a Francisco José Velozo*. Braga: Coimbra Ed., 2002. p. 695-705.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade – Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000.

TORRÃO, Fernando José dos Santos Pinto. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000.

ARANTES, Francine Nunes. A suspensão condicional do processo nos crimes ambientais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 114, ano 23, p. 173-199. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Crimes ambientais: *Sursis* processual, penas alternativas e dosimetria, de Jorge Henrique Schaefer Martins – *RT* 759/454-462, *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental* 4/543-554 (DTR\1999\109); e
- Dos crimes contra a flora. Considerações gerais. Competência. Ação penal transação e suspensão condicional do processo, de Lúcia Helena Rosas de Ávila Feijó – *RT* 765/436-445, *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental* 5/1067-1079 (DTR\1999\366).

ARANTES, Francine Nunes. A suspensão condicional do processo nos crimes ambientais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 173-199. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

A RESPONSABILIDADE PENAL POR DANOS AMBIENTAIS

DO CENÁRIO ATUAL À AVALIAÇÃO *CRÍTICA* AO MODELO DE IMPUTAÇÃO DE ENTES COLETIVOS E INDIVIDUAIS TRAZIDOS PELA LEI 9.608/1995 NO BRASIL

CRIMINAL LIABILITY FOR ENVIRONMENTAL DAMAGES FROM THE CURRENT SCENARIO TO THE CRITICAL EVALUATION OF THE LIABILITY MODEL FOR CORPORATIONS AND INDIVIDUALS SET FORTH IN LAW 9.608/1995 IN BRAZIL

ALEXANDRE WUNDERLICH
Professor Coordenador do Departamento de Direito Penal e Direito Processual Penal da PUCRS.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Ambiental

RESUMO: O artigo trata do exame empírico e científico, questionando o modelo de responsabilização penal por danos ambientais praticados por entes coletivos e individuais (entes individuais?), a partir da publicação da Lei 9.605/1998 no Brasil, criticando a experiência legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: Danos ambientais e Lei 9.605/1998 – Responsabilidade penal ambiental – Responsabilidade penal de pessoas jurídicas e físicas.

ABSTRACT: The paper deals with empirical and scientific examination, questioning the criminal liability model for environmental damages committed by collective entities and individuals since the publication of Law 9.605 in Brazil in 1998, criticizing also the legislative experience.

KEYWORDS: Environmental damage and Law 9.605/1998 – Environmental criminal liability – Criminal liability of companies and individuals.

SUMÁRIO: 1. Introdução – apresentação do problema – 2. Situação atual – a responsabilidade penal dos entes coletivos por danos ambientais – 3. Situação atual – a responsabilidade penal das pessoas físicas por danos ambientais – 4. Tomada de posição – revisitação e avaliação crítica da responsabilidade penal de entes coletivos por danos ambientais – 5. A imputação das pessoas físicas por danos ambientais – das condutas comissivas às omissivas e a posição de garantidor como forma de responsabilidade satisfatória – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

WUNDERLICH, Alexandre. A responsabilidade penal por danos ambientais – Do cenário atual à avaliação *crítica* ao modelo de imputação de entes coletivos e individuais trazidos pela Lei 9.608/1995 no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 114. ano 23. p. 203-221. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

1. INTRODUÇÃO – APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

O presente artigo aborda o tema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas e das pessoas físicas por práticas danosas ao meio ambiente. Em breve investigação questiono a necessidade e, em certa medida, se foi produtiva a adoção do modelo de imputação penal para os entes coletivos no Brasil, mormente diante da chamada criminalidade não convencional ou empresarial.

O leitor perceberá que o artigo versa sobre uma questão pontual, a situação do sistema punitivo criminal em matéria ambiental, com seus inevitáveis desdobramentos na responsabilização de empresas e empresários. O texto parte de um cenário legislativo (Lei 9.605/1998) que teve eco na jurisprudência nacional que, por sua vez, abraçou a responsabilidade penal de pessoas jurídicas conjuntamente com a de seus gestores e/ou administradores – *Teoria da dupla imputação*. A conveniência científico-dogmática deste modelo de imputação e a postura jurisprudencial são questionadas, sobretudo, a partir das bases fundamentais de um direito penal escorado na responsabilidade subjetiva e na suficiência das normas incriminadoras de responsabilidade individual.

2. SITUAÇÃO ATUAL – A RESPONSABILIDADE PENAL DOS ENTES COLETIVOS POR DANOS AMBIENTAIS

A responsabilidade penal por danos ao meio ambiente recebeu importância no Brasil principalmente a partir da Constituição Federal de 1988. É cediço que o texto constitucional especificou que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado" e no art. 225, § 3.º, disciplinou que "(...) as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, *pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais* e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

O Estado Democrático de Direito se transformou em Estado Democrático e Social de Direito que, com seu amadurecimento, é chamado de Estado Democrático e Socioambiental de Direito. Também por estas razões, e diante do comando constitucional, surgiu o *dever* de criminalização materializado na publicação da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998) que, para além da criação de diversos tipos penais, implantou um modelo de organização de responsabilidade penal para as pessoas físicas e, pela primeira vez no país, para as pessoas jurídicas.

A partir do complexo legislativo, à mercê de articulação sobre eventual violência à Carta Constitucional, ao longo das últimas décadas o Poder Judiciário pacificou o entendimento de que é possível responsabilizar penalmente as

WUNDERLICH, Alexandre. A responsabilidade penal por danos ambientais – Do cenário atual à avaliação *crítica* ao modelo de imputação de entes coletivos e individuais trazidos pela Lei 9.608/1995 no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114, ano 23, p. 203-221. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

pessoas jurídicas[1] de direito privado[2] pela prática de crimes ambientais, sem que, contudo, sejam violados os princípios da culpabilidade (*nullun crimen sine culpa*, art. 5.°, LVII, e art. 1.°, III, CF) e/ou da individualização da pena (art. 5.°, XLV, CF).

A partir da permissão legal, a jurisprudência tem adotado posicionamento similar quando a responsabilização penal dos entes coletivos é confrontada com a estrutura analítica do tipo penal projetada pela teoria geral do delito, baseada na vontade humana – dolo e culpa.

---

1. * Cumpre salientar inicialmente que não concordo com o estágio atual da jurisprudência brasileira, tema recentemente abordado por QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 181 et seq. Prefiro fazer resistência e defender a manutenção das estruturas fundamentais da teoria geral do delito contrárias à responsabilidade penal da pessoa jurídica, conjuntamente com REALE JUNIOR, Miguel, A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luis Régis.; DOTTI, René (coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 353 e DOTTI, René, Meio ambiente e proteção penal. *Revista dos Tribunais*. vol. 655. São Paulo: Ed. RT, maio 1990, p. 253. Outro não era o entendimento da doutrina clássica: Feurbach advertia que "unicamente el individuo puede ser sujeto de un crimen, no pudiendo serlo jamás una persona moral (sociedad, universitas o collegium). Cualquiera sea la sociedad, sólo los indivíduos son los criminales, aun cuando todos los miembros hayan querido que se ejecute el crimen. Puesto que una sociedad sólo se crea en razón de un determinado objetivo como persona moral y existe sólo en función de éste, los miembros individuales no actúan como sociedad cuando no lo hacen con el fin de la sociedad, sino con una finalidad diferente" (FEURBACH, Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 1989, p. 67). Na mesma linha, JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed.Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares Editorial, 1993. vol. I, p. 205 e Roxin, referindo que "sólo órganos humanos puedem actuar com eficacia para ellas, pero entonces hay que penar aquéllos y no a la persona jurídica" (*Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997. vol. I, p. 258-259).
2. Não desconheço a tendência à responsabilização penal de entes coletivos de *direito público* por uma parcela da jurisprudência. Por questão de coerência e isonomia, penso que uma vez admitida a responsabilidade das pessoas de *direito privado*, não há como escapar de enfrentar o tema da adoção, em igual medida, aos entes de *direito público* (v. SARAIVA, Renata Machado. Em defesa da igualdade de responsabilização penal entre pessoas jurídicas de direito público e de direito privado. In: ULHOA, Paulo Roberto; FARO, Júlio (orgs.). *Direitos humanos e meio ambiente: obra dedicada ao Instituto Terra*. Vitória: Cognojus, 2014, p. 291 et seq.

O Supremo Tribunal Federal vem consolidando posição favorável à constitucionalidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, como ocorreu na última manifestação da Corte sobre o tema (1.ª T., RE 548.18, rel. Min. Rosa Weber, j. 06.08.2013). O certo é que há julgados de todos os cantos do país que a admitem, desde que, simultaneamente, a pessoa física gestora ou administradora que atua em seu benefício seja também imputada[3] – *Teoria da dupla imputação.*[4]

3. É a posição do STJ: "Processual penal. Recurso especial. Crimes contra o meio ambiente. Denúncia rejeitada pelo e. Tribunal *a quo*. Sistema ou Teoria da Dupla Imputação. Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que 'não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio' cf. REsp 564960/SC, 5.ª T., rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 13.06.2005 (Precedentes)" (STJ, 5.ª T., REsp 889528/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. 17.04.2007). "Recurso especial. Crime contra o meio ambiente. Oferecimento da denúncia. Legitimidade passiva. Pessoa jurídica. Responsabilização simultânea do ente moral e da pessoa física. Possibilidade. Recurso provido. 1. Aceita-se a responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, sob a condição de que seja denunciada em coautoria com pessoa física, que tenha agido com elemento subjetivo próprio. (Precedentes) (...)"(STJ, 6.ª T., REsp 800.817/SC, rel. Min. Celso Limongi (convocado TJSP), j. 04.02.2010).

4. É bem verdade que, inclusive, o STF tem flexibilizado a regra da *teoria da dupla imputação*, decidindo que a Constituição Federal permite a cisão de responsabilidades entre entes coletivos e individuais. "É possível a condenação de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que haja absolvição da pessoa física relativamente ao mesmo delito" (STF, 1.ª T, AgRg RE 628582 /RS, rel. Min. Dias Toffoli, j. 06.09.2011). De igual forma, o recente julgado: "Direito penal e processual penal. Crimes ambientais. Responsabilidade penal da pessoa física e jurídica. 1. O art. 225, § 3.°, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, § 3.°, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos

Em suma, "a orientação jurisprudencial dominante reconhece que à pessoa jurídica, repita-se, só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral, conforme o art. 3.º da Lei 9.605/1998". Esta "atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa".[5] Impera, pois, a posição (majoritária) que a pessoa jurídica é incapaz de responsabilização penal isoladamente, uma vez que não destina ação ou omissão, leia-se, não tem vontade, em ataque contra o meio ambiente. Todavia, tem sido aceita a responsabilização penal dos entes corporativos quando a atuação é decorrente de ação ou omissão conjunta ou por meio de seus gestores e/ou administradores, representantes legais e/ou contratuais e, ainda, quando o processo decisório adotado advém de órgãos plurais, isto quando a decisão trouxer benefício à pessoa jurídica.

Hoje, mesmo com a resistência de parte substancial da doutrina que (ainda) defende que *societas delinquere non potest*,[6] não resta qualquer dúvida que a jurisprudência pátria parte do pressuposto de que a Constituição Federal de 1988 reconheceu a incriminação de entes coletivos nas condutas lesivas ao meio ambiente, sendo a pessoa jurídica um sujeito de direito com uma especial forma de imputação.

---

atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido" (STF, 1.ª T., RE 54818, rel. Min. Rosa Weber, j. 06.08.2013, não unânime).

5. CARVALHO, Érika M. de; CARVALHO, Gisele M. de. Direito penal de risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 253-254.

6. No cenário nacional diversos autores se manifestaram contrários à adoção da responsabilidade penal em nosso sistema, entre eles: Manoel Pedro Pimentel, René Dotti, Cezar Bitencourt, Miguel Reale Jr., Luiz Vicente Cernicchiaro, Luiz Luisi, Luiz Alberto Machado, Luis Regis Prado, José Henrique Pierangeli, João Mestieri, Alberto Rufino Rodrigues, entre outros. Na doutrina clássica: Nélson Hungria, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Cláudio Heleno Fragoso, José Frederico Marques e Magalhães Noronha.

3. SITUAÇÃO ATUAL – A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS FÍSICAS POR DANOS AMBIENTAIS

No que tange às pessoas físicas, a forma de responsabilidade penal em matéria ambiental é idêntica à criminalidade convencional, sendo aplicadas as regras tradicionais de imputação. Afinal, a responsabilidade penal é (necessariamente) de índole *subjetiva*, *personalíssima*, somente sendo capaz de receber uma imputação penal aquela pessoa humana que obrou com ação ou omissão, com dolo ou culpa.

Só pode ser responsabilizado penalmente – e nos danos ambientais não é diferente – aquele sujeito ativo que por sua conduta produz, a partir de uma relação causal que é entendida como o liame entre o comportamento e a alteração no mundo exterior, um resultado típico. A relação de causalidade está estabelecida no art. 13 do Código Penal brasileiro, quando da última boa reforma nacional (1984): "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido."

No ponto, é incontroverso que o direito penal de horizonte constitucional acolheu a responsabilidade *subjetiva* (ou subjetivação da culpa, como prefiro, seguindo Sebastian Soler[7]), fundada no dolo e na culpa, afastando-se desta forma a responsabilidade objetiva ou sem culpa, inadmissível e intolerável sob todos os aspectos, resquício das formas primitivas de cultura.

4. TOMADA DE POSIÇÃO – REVISITAÇÃO E AVALIAÇÃO CRÍTICA DA RESPONSABILIDADE PENAL DE ENTES COLETIVOS POR DANOS AMBIENTAIS

Diante do panorama atual da reponsabilidade penal por danos ambientais, cumpre realizar uma avaliação crítica, sujeita ao aceite ou não da comunidade jurídico-penal. Antes de marcar posição, acentuo que não desconheço que o direito penal deve acompanhar o seu tempo e, sobretudo, que vivemos tempos novos.

A evolução natural do homem acarreta, sim, o aprimoramento do direito penal como forma de controle social, e isto não está em discussão. Também é verdade que os modelos de responsabilidade criminal acompanham o homem desde a idade média, o homem que tentava alcançar Deus, passando pelo homem das revoluções científicas, pelo homem da revolução industrial

7. *Derecho penal argentino*. 10. ed. Buenos Aires: Tea, 1992. vol. I, p. 330.

até chegar ao homem da contemporaneidade, o titular dos grandes avanços tecnológicos e científicos.

Na gênese destas mudanças está um paradoxo da sociedade atual que interessa ao presente trabalho – a rápida transmutação social e a busca por efetiva proteção ao meio ambiente. A sociedade tem sofrido rupturas e está em permanente mutação, esta é a realidade: um novo conceito de espaço-tempo sob o império da velocidade e da tecnologia, com todos os riscos que isto possa implicar. É exatamente neste paradoxo de avanços tecnológicos e de busca de uma eficiente tutela dos novos bens jurídicos que reside o problema da responsabilidade penal dos entes coletivos por danos ambientais, fundamentalmente a responsabilidade das sociedades empresariais.

Se por um lado, superando posições minimalistas mais radicais e seguindo uma tendência internacional,[8] tenho sustentado, que são aceitáveis figuras penais representativas dos *novos direitos* ou *modernos bens jurídicos autônomos, imateriais, supraindividuais* e de *vitimização difusa*, como é o caso do meio ambiente ecologicamente equilibrado, por outro viés, não tenho dificuldades em defender a *inutilidade prática* da adoção do modelo de responsabilidade penal de pessoas jurídicas como forma de evitar danos ambientais. Tal postura, ao fim e ao cabo, representa apenas uma *ameaça criminal* àqueles que efetivamente as comandam, seus gestores e/ou administradores, o que já existe na responsabilidade pessoal.

8. A legislação mundial vem sendo conduzida pelas orientações da Comunidade Europeia, veja-se, por exemplo, o que se produziu academicamente no eixo Portugal-Espanha: NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidade penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008; GONZÁLES SIERRA, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas: análisis del art. 31 bis CP*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Los delitos contra el médio ambiente: reforma legal y aplicación judicial*. Barcelona: Atelier, 2012, p. 17; sobre a tendência, ainda, v. "criminologia verde" e/ou "delitos verdes" em SERRANO TÁRRAGA, María Dolores; SERRANO MAÍLLO, Alfonso; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Tutela penal ambiental*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2013, p. 35; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Thomson Reuters, 2012; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer S.L, 2013; MARQUES DA SILVA, Germano, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*. Lisboa: Verbo, 2009; BRAVO, Jorge dos Reis. *Direito penal de entes colectivos: ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. La responsabilidad Penal de las personas Jurídicas en el Derecho penal portugués: breve reflexión del marco legal y de la evolución doctrinal. In: MULAS, Nieves S. *El Derecho Penal y La Nueva Sociedad*. Granada: Comares, 2007, p. 01-14.

É preciso registrar que desde o final da década de 90 as pessoas jurídicas, sobretudo as empresas privadas, começaram a ser punidas penalmente no Brasil e, de igual modo, aparentemente sem redução da criminalidade ambiental, seguimos responsabilizando os seus gestores e/ou administradores – *Teoria da dupla imputação*. Acredito que o legislativo, a jurisprudência e parte da doutrina socorreram-se do direito penal, quando poderiam ter-se ocupado do *direito administrativo sancionador*, do *direito de intervenção* ou do *direito de mera ordenação social*. A verdade é que erraram na opção político-criminal e sacaram mão do direito penal.

O fato é que penso conservadoramente que no nosso direito a responsabilidade penal só pode ser atribuída – e exclusivamente – às pessoas físicas, posto que a conduta criminosa é eminentemente humana e a imputabilidade, uma qualidade inerente ao ser, o que justifica a conformação dos juízos de tipicidade e de culpabilidade. Só o ser humano é *doli capax*. O direito criminal é essencialmente ciência de valores, sempre adotando como base o sujeito real. Valor é a qualidade de uma coisa, que só pode pertencer-lhe em função de um sujeito dotado de consciência capaz de a registrar, como assevera René Dotti.[9]

Era antigo o pleito de revisão[10] da parêmia *societas delinquere non potest*, mas ainda que frente à jurisprudência reinante em sentido contrário, é possível seguir sustentando tal axioma no âmbito do direito criminal,[11] ainda que alguns

9. DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 11. p. 187. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1995.

10. Em 1981 Gérson Pereira dos Santos manifestou-se afirmando que na sociedade atual, consumista e industrializada, os preceitos típicos da legislação penal não alcançam, para os feitos que lhes são inerentes, os macroorganismos plurinacionais, pessoas jurídicas em tudo impessoais e abstratas, quando, muitas vezes, se frauda a lei, elidem-se obrigações e violam-se os mais altos valores do direito, inclusive aqueles incluídos no mínimo do mínimo ético, com que, originariamente, se preocupa o direito penal. Com isso, mais se acentua a crise do sistema criminal e da Justiça Penal. O autor refere que "datam de 1929, quando se realizou em Bucareste mais um congresso internacional de direito penal, as mais insistentes solicitações por medidas efetivas da defesa social contra as formas da delinquência econômica, ainda mesmo em sociedades neocapitalistas" (SANTOS, Gerson Pereira dos. *Direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 132 e, ainda, do mesmo autor: Para repensar a parêmia *societas delinquere non potest*. *Fascículos de Ciências Penais*. vol. 5. n. 2. p. 83-95. Porto Alegre, jun. 1992).

11. No ponto, DOTTI, René, *Curso de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 302.

autores apontem a necessidade emergente da discussão do dogma a partir de uma determinada capacidade de culpabilidade das organizações empresariais baseada em sua (auto)organização deficiente,[12] seja em tópicos excepcionais ou em áreas mais sensíveis afetas ao direito penal.

Não vejo razão para superação, ao menos no plano técnico, do pensamento científico produzido por importantes autores brasileiros que se debruçaram sobre o tema nas décadas de 80 e 90, fundamentalmente René Dotti e Miguel Reale Jr. Aliás, 20 anos depois do famoso embate entre os professores Klaus Tiedemann e René Dotti, por oportunidade do Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais em 1995, na cidade de São Paulo, não retiraria uma só palavra da eloquente sustentação feita pelo professor brasileiro sobre *"a incapacidade criminal da pessoa jurídica"*.[13]

Sublinho que segue atual o pensamento de Luiz Vicente Cernicchiaro: "só se pode censurar alguém, por causa de sua conduta, em havendo liberdade de agir. Censurar é qualificar a conduta. A pessoa jurídica desenvolve a personalidade jurídica através de pessoas físicas. Estas sim, dotadas de liberdade, atuam de uma forma ou de outra."[14]

Não por outro motivo, à época da publicação do corpo legislativo, Miguel Reale Júnior chamou a Lei dos Crimes Ambientais de documento legislativo que afronta a tradição do nosso direito. Concordo com o jurista da Universidade de São Paulo quando afirma que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é, inclusive, inconstitucional se realizada uma interpretação sistemática do texto, que conduz de forma precisa à inadmissibilidade da responsabilidade penal das empresas: "Falta à pessoa jurídica capacidade criminal. Se a ação delituosa se realiza com o agente realizando uma opção valorativa no sentido do descumprimento de um valor cuja positividade a lei penal impõe, se é uma decisão em que existe um querer, e um querer valorativo, vê-se que a pessoa jurídica não tem essa capacidade do querer dotado dessa postura axiológica negativa. A Constituição estabelece que a pena não passará da pessoa do condenado (§ XLV do art. 5.°), e o inciso seguinte diz que a lei individualizará a pena. A individualização da pena é feita com base na culpabilidade. A culpa-

12. Ver a importante contribuição de GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei n. 9.605/98*. Trad. Cristina Reindoff da Motta, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

13. Op. cit, *A incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 187.

14. CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Questões penais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 192.

bilidade significa o quanto de reprovação, de censurabilidade merece a conduta, sendo absolutamente incongruente com admissão da pessoa jurídica como agente de delitos. Portanto, há uma incapacidade penal de pessoa jurídica, que a análise sistemática do texto constitucional torna evidente." [15]

Então, em que pese os apelos por mudanças dogmáticas que os tempos estão a impor, pelo aparecimento de uma criminalidade empresarial na qual reside parcela substancial dos crimes contra o meio ambiente, não vislumbro importância e/ou necessidade no modelo de responsabilidade penal de entes coletivos adotado pela Lei 9.605/1998, que foi abraçado pela jurisprudência nacional como um meio eficaz de prevenção e repressão desta espécie de delinquência.

Ao longo dos anos, o Poder Legislativo tem recorrido a formas múltiplas para o tratamento dos bem jurídicos modernos, basta lembrar o (a) uso imoderado de normas penais em branco, sobretudo as heterólogas, o recurso (b) aos tipos cada vez mais abertos, vagos e indeterminados, (c) aos crimes de perigo abstrato em excesso e (d) de omissão e, ainda, (e) à criminalização de atos preparatórios, tudo isto visando construir uma tutela especial para a criminalidade empresarial, mesmo que isto implique nítidas fissuras nas estruturas clássicas do direito penal da legalidade e da culpa.

Punir uma empresa (a) com penas criminais que poderiam ser aplicadas por meio de ações civis públicas, como por exemplo, a prestação de serviços à comunidade enquanto custeio de programas ambientais ou de revitalização de áreas degradadas, a suspensão de atividades, a interdição de estabelecimento, obra ou atividade ou a proibição de contratar com o Poder Público; (b) transformá-la em acusada no processo penal[16] para, ao final, interrogar o seu

15. A péssima técnica legislativa em matéria penal que marcou a década de noventa também esteve presente na lei ambiental. REALE JÚNIOR, Miguel. A lei de crimes ambientais. *Revista Forense*. vol. 345, 1999, p. 121. Para PRADO, Luiz Regis. Crime ambiental: responsabilidade penal da pessoa jurídica? *Boletim do IBCCRIM*. n. 65. São Paulo, abr. 1998: "a lei nova, lamentavelmente, deixa muito a desejar, sob multimodos aspectos. (...) Trata-se de uma lei híbrida, onde se misturam conteúdos diferentes (penal, administrativo e internacional), quando sequer a matéria penal foi abarcada de modo completo." PRADO, Luiz Regis, *Direito penal ambiental*. São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 39: "as leis penais ambientais, mormente no Brasil, são, em sua maioria, excessivamente prolixas, casuísticas, tecnicamente imperfeitas, quase sempre inspiradas por especialistas do setor afetado, leigos em Direito, ou quando muito de formação jurídica não específica, o que as torna de difícil aplicação, tortuosas e complexas, em total descompasso com os vetores técnico-científicos que regem o Direito Penal moderno."

16. Paralelamente à discussão acerca da *criminalização*, existe a questão da ausência de previsão legal dos ritos para o processamento das pessoas jurídicas. Todos os

administrador e, também, responsabilizá-lo ou, ainda, (c) encontrar conteúdo ético numa condenação de ente de direito público, enquanto o Estado que delinque, passa a ser, também, aquele que exerce o *jus puniendi*, é, para além de uma grande inutilidade, um dos frutos do que se tem convencionado chamar de *expansão do direito penal*.

Aliás, o Poder Legislativo brasileiro tem abusado do direito penal como um instrumento meramente simbólico de legitimação do poder – um direito penal puramente teatral e, na adoção do modelo de responsabilidade penal de empresas por crimes ambientais, isto não foi diferente.

5. A IMPUTAÇÃO DAS PESSOAS FÍSICAS POR DANOS AMBIENTAIS – DAS CONDUTAS COMISSIVAS ÀS OMISSIVAS E A POSIÇÃO DE GARANTIDOR COMO FORMA DE RESPONSABILIDADE SATISFATÓRIA

Como demonstrei, quem pratica delitos contra o meio ambiente é o *homem*, de forma voluntária, livre e consciente, intencionalmente ou violando deveres objetivos de cuidado. Além das formas de conscientização e dos métodos educativos, no que se limita aos crimes empresariais, só cessaremos com as condutas que coloquem em risco ou ataquem o bem jurídico meio ambiente responsabilizando aqueles que comandam os "cordelinhos" dos entes coletivos.

A sustentar a desnecessidade da responsabilização penal das empresas e, em certa medida justificar minha forma de pensar, vejo um conjunto de normas legais que têm delimitado a responsabilidade dos empresários, gestores e/ou administradores dos entes corporativos que, como se sabe, atuam por meio das pessoas jurídicas, mas no interesse ou benefício destas entidades (art. 3.º da Lei 9.605/1998).

---

ordenamentos que optaram pela responsabilização penal de entes coletivos promoveram alterações na legislação processual, pretendendo possibilitar a aplicação das normas criadas. Na Lei Ambiental brasileira, os parcos dispositivos que versam sobre a ação e o processo penal (arts. 26 a 29) são normas genéricas, que não chegam às minúcias de quais procedimentos devem ser adotados. No particular, concordo com Sérgio Salomão Shecaira no sentido que a aplicação analógica, pura e simples do direito processual civil, não soluciona os problemas inerentes ao devido processo penal. Essa prática, além de indevida, é perigosa, devido à natureza distinta dos ramos do Direito (SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica por dano ambiental. *Revista de Estudos Criminais*. vol. 8. p. 145-172. Sapucaia do Sul: NotaDez, 2003. Ver, do mesmo autor, a crítica feita na última edição de: *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 155).

A responsabilidade penal por danos ambientais imputada aos responsáveis por organismos empresariais tem recebido uma grande dimensão, justamente a partir de comandos penais específicos. A rigor, além das antigas condutas *comissivas*, o Brasil está dotado de um cipoal de normas especiais que conformam uma responsabilidade penal do empresário, também, a partir de condutas *omissivas*.

A regra geral do art. 13 do Código Penal refere que a omissão é penalmente relevante quando o omitente, *devia* e *podia* agir para evitar o resultado. Aqui, leia-se resultado como o dano ambiental ou a sua eventual profusão. O art. 2.º da Lei dos Crimes Ambientais é específico: "Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la". Além disso, o art. 70 da mesma Lei dos Crimes Ambientais, considera genericamente "infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente". Importa sublinhar que existe uma previsão específica sobre a relevância da omissão do agente no art. 13, § 2.º, do Código Penal: "A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado". "O dever de agir incumbe a quem: *a*) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; *b*) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; *c*) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado."

É de notória sabença que a omissão é uma das espécies de manifestação da conduta humana, representando, em síntese, um não fazer. Em termos crus, significa não fazer aquilo que está obrigado – *non facere quod debetur*. Assim, "capaz de acción es aquel que está en condiciones de dirigir un acto final; la capcidad de acción es 'finalidade potencial' (poder fáctico final potencial). 'Omitir' significa, pues, algo más que la negación de una determinada acción (final); sólo la ausencia de una realización para la que el que permaneció inactivo es capaz puede concebirse como omisión", desde a clássica lição de Armin Kaufmann.[17]

Vê-se que a norma penal ambiental, seguindo a orientação geral, é bastante abrangente, mormente em casos de condutas realizadas no âmbito de organi-

17. *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 317.

zações empresariais. Tanto é verdade que a tomada de posição por parte de um empresário, se não isenta de pena, nos termos do art. 14, é circunstância que pode atenuar sua pena, quando houver a "comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental".

Nas circunstais atuais, o *dever de agir* é um *dever-obrigação*. É um dever de comunicar as autoridades competentes, que, no mínimo, incumbe àquele que "de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado" – obrigação *propter rem*.

Desde esta perspectiva, é crescente o número de imposições às empresas advindas dos chamados programas de cumprimentos corporativos (*corporate compliance programs*), que podem ser entendidos como um reflexo da própria cultura empresarial[18] que caminha para a autorregulação, auto-organização e autocondução.[19] Estes programas de integridade de normas e de condutas vêm sendo impostos às empresas enquanto sistemas de prevenção de riscos e danos, com a consequente minimização das responsabilidades das pessoas físicas e jurídicas.

O que quero deixar claro é que estes programas de cumprimento têm como substância a prevenção de riscos e danos que, também, em matéria de responsabilidade penal ambiental, podem ser utilizados para delimitar a *posição de garantidor*, que ocorre a partir das imposições legais específicas a partir do artigo 13, § 2.º, do Código Penal, com a criação de *deveres jurídicos* de ação que incumbem a quem se obrigou a impedir o resultado. Isto, em apertada síntese e sem querer avançar no tema em razão dos curtos limites desta investigação, é suficiente ao direito penal, é satisfatório, sendo desnecessário punir empresas quando a responsabilidade do empresário está plasmada na legislação, inclusive de forma abrangente.

Em doutrina, um "ponto de consenso é a ideia de que a omissão jurídico-penalmente relevante não é a simples inação, a inércia, a passividade. A ideia da omissão está, invariavelmente, vinculada a algo que deveria ser feito." "O garante ocupa uma posição especial, diferenciada, que faz com que deva agir para evitar o perigo e o resultado danoso ao bem-jurídico (no caso, o meio ambiente)". "Em outras palavras: no seu 'espaço de responsabilidade', parece

18. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, op. cit., p. 84. Sobre esta questão veja-se BRITO, Teresa Quintela de. Relevância dos mecanismos de "compliance" na responsabilização penal. *Anatomia do Crime: Revista de Ciências Jurídico-criminais*. Lisboa: Almedina, 2014, p. 75 *et seq.*

19. BRITO, Teresa Quintela de, op. cit., p. 76.

que o sujeito – tendo o 'domínio do resultado' – deve agir para manter os riscos sob controle ou, até mesmo, reconduzi-los a níveis toleráveis. E esse dever, reitera-se, parece existir mesmo quando ele não colabora – nem culposa, nem dolosamente – para o surgimento do perigo."[20]

Concluo, então, que as regras clássicas de imputação adotadas para as pessoas físicas, mesmo no caso de dirigentes de organismos que praticam crimes ambientais, são absolutamente suficientes no trato da matéria e esgotam o assunto, mormente quando somadas à nova cultura empresarial do *compliance*. É, pois, desnecessária a responsabilização dos entes coletivos, a fim de tentar-se manter a ordem natural das coisas no âmbito do direito penal da legalidade e da culpa.

6. CONCLUSÃO

Cumpre reconhecer que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma idealização que surgiu a parir de "boas intenções" e que teve respaldo nas legislações mundiais – preservação de novos direitos e tutela do meio ambiente. Entretanto, enquanto instituição jurídica esta forma de imputação é tão criativa quanto irreal. De fato, a empresa não pode funcionar como uma espécie de capa protetora do empresário, mas não é por esta razão que devemos adotar a responsabilidade penal dos entes coletivos em matéria ambiental. Não penso que criminalizando os entes coletivos teremos empresas "socialmente responsáveis" e, a partir disso, empresas com "capacidade de culpa".

É bom lembrar que a responsabilidade penal segue sendo *subjetiva*, mas, como visto, admite-se em casos de crimes ambientais, nos planos legal e jurisprudencial, a responsabilidade penal das empresas, além da tradicional responsabilização penal das pessoas físicas. Esta responsabilidade penal de agentes comuns, mas sobretudo de empresários, vem recebendo nova dimensão nos últimos anos.

Para além das condutas *comissivas*, o Brasil é dotado de um conjunto de normas especiais que desenham a responsabilidade do empresário por seus atos *omissivos*, criando deveres de cuidado e de informação e, mais recentemente, obrigando-os ao recurso de implementação de programas de *compliance*. Hoje temos instrumentos, por exemplo, como as chamadas *investigações in-*

20. Em dissertação de mestrado na PUC-RS, sob orientação de Fabio Roberto D'Avila, Renata Jardim da Cunha Rieger abordou muito bem a questão: *A posição de garantia no direito penal ambiental: o dever de tutela do meio ambiente na criminalidade de empresa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 54, 112 e 141.

ternas, compliance officers e *whistleblowing*.[21] A pauta atual é a implementação de sistemas de prevenção que busquem reduzir ao mínimo razoável o risco de lesão a bens jurídicos[22] nas atividades empresariais.

Em meu juízo, todos estes fatores e instrumentos são suficientes para a prevenção e a repressão à criminalidade ambiental. Assim como ocorre com as pessoas físicas, não é com o direito penal que criaremos uma cultura empresarial mais socialmente responsável.

Tenho acompanhado, não sem angústia e lamento, a destruição de conceitos chave do direito penal, dentre eles, o conceito de *imputação*.[23] O que tem ocorrido na prática judicial rotineira é que a partir de uma imputação penal genérica à empresa *presumem-se* as responsabilidades individuais de seus gestores e/ou administradores. Não é possível concordar (a) na criação de uma espécie de responsabilidade empresarial decorrente da mera constatação objetiva do resultado material do dano ambiental e (b) na consequente presunção quanto às responsabilidades subjetivas dos membros de seu corpo diretivo. Infelizmente, a diluição das estruturas teóricas com o intuito de facilitar o enfrentamento dos problemas complexos trazidos pela criminalidade empresarial contra o meio ambiente tem sido constante na práxis forense. As agências de Estado, principalmente os órgãos de persecução penal, têm apresentado uma visão redutora da realidade fática em casos complexos – simplificam o que não pode e não deve ser simplificado.

É incabível acusar por presunção (negativa) a partir de uma responsabilidade penal dos entes corporativos, principalmente no âmbito das sociedades empresariais de direito privado. Isto porque é vedada a responsabilização objetiva, pois existe subordinação do tipo ao elemento subjetivo, sendo esta a base da teoria da responsabilidade penal. Do contrário, *versare in re illicita*, é admitir a responsabilidade independentemente de culpa.

---

21. NIETO MARTÍN, Adán (dir.); LASCURAN SÁNCHEZ, Juan Antonio; BLANCO CORDERO, Isidoro; PÉREZ FERNÁNDEZ; Patricia; GARCÍA MORENO, Beatriz. *Manual de cumprimento penal em la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, especialmente NIETO MARTÍN, "La institucionalización del sistema de cumprimento" e "Investigaciones internas", p. 187 e 231 e, ainda, García Moreno, "Whistleblowing y canales institucionales de denuncia", p. 206.

22. BRITO, Teresa Quintela de, op. cit., p. 80.

23. Por todos: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. Francisco Munõz Conde e María del Mar Díaz Pita, Bogotá: Temis, 1999, especialmente "La irrenunciabilidad al principio de la culpabilidade" e "Imputación en derecho penal", p. 53 e 103.

WUNDERLICH, Alexandre. A responsabilidade penal por danos ambientais - Do cenário atual à avaliação *crítica* ao modelo de imputação de entes coletivos e individuais trazidos pela Lei 9.608/1995 no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 203-221. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

É certo que a tarefa da proteção penal ecológica não é simples. O tema foi abordado (ainda antes, mas também) em 2000 por Paulo de Sousa Mendes[24] quando, desenvolvendo a questão sobre se "será fácil identificar o autor de um agravo ao ambiente?", chega à identificação de um tratamento no mais das vezes simplista pelos operadores (jurídicos?) de problemas altamente complicados como aqueles do âmbito ecológico. Justamente por isto devem prevalecer em concreto duas regras rígidas de imputação de um sistema de garantias: direito material e direito instrumental. A demonstração das condutas praticadas pelos empresários que teriam desdobrado o processo causal que gerou o resultado típico, nos termos do art. 13 do Código Penal. Com a ausência do pressuposto mínimo de imputação da conduta (causa – ação ou omissão), a acusação não logra delimitar a autoria/participação do empresário e tampouco o seu modo de agir, conforme prevê o art. 41 do Código de Processo Penal.

É elementar que temos direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. É um *direito fundamental*, havendo dever legal de que na falta de prevenção/precaução tem-se a responsabilização civil, administrativa e penal. Neste diapasão, é evidente que concordo com a importância e manutenção de um ambiente sadio, mas se a opção for recorrer ao sistema de justiça criminal para correção dos tropeços de falta de controle do Estado, na figura de seus agentes, é necessário que sejam criadas regras próprias a fim de ser mantida a coerência do sistema, do único sistema possível, do rígido sistema de garantias.

Apresentar a responsabilidade penal da pessoa jurídica como solução político-criminal para a criminalidade contemporânea ou não convencional, mesmo que em sistemática própria, ainda a construir, não é o caminho mais adequado. Seja como instrumento de (re)pressão ou de eficácia das normas gerais, como resposta social, ou, ainda, como senso de exemplaridade, a dogmática atual não pode desconsiderar as conquistas históricas do direito penal e, sobretudo, porque, no efeito prático, após a responsabilidade da pessoa jurídica, a responsabilidade individual também recairá, inevitavelmente, sobre a pessoa física. O que tenho defendido é que, a par disto, cria-se margem à *responsabilidade criminal empresarial por presunção* que, como se sabe, foi proscrita das legislações contemporâneas.

Penso, sinceramente, que a adoção do recurso político de incriminação de entes coletivos,[25] como forma de distribuição de responsabilidades, vem pro-

24. MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000, p. 16.

25. Lembre-se que o Projeto de Reforma do Código Penal (PLS 236/2012, anteprojeto e o substitutivo também, consolidados na emenda 807, de 19.12.2013) investe no

duzindo, a partir do direito penal ambiental, um efeito sísmico que abala as estruturas dogmáticas do direito penal clássico. O efeito só não tem maior repercussão em razão da resolução dos conflitos por meio dos chamados termos de ajustamento de condutas, transações penais ou composições civis dos danos. Isto porque grande parte da demanda tem sido resolvida por meio de acordos, infelizmente, estes nestes consensos há uma espécie de "vale tudo", sem forma ou critérios definidos, sem especificação das consequências penais e, até, ao alvedrio das autoridades. O que constato, ao final, é que a adoção da responsabilidade penal de empresas vem corrompendo o sistema penal e, se o sistema não consegue ser tudo ou, melhor, não consegue absorver tudo, dele poderá não restar nada.

7. BIBLIOGRAFIA

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Thomson Reuters, 2012.

BRAVO, Jorge dos Reis. *Direito penal de entes colectivos: ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

BRITO, Teresa Quintela de. Relevância dos mecanismos de "compliance" na responsabilização penal. *Anatomia do Crime: Revista de Ciências Jurídico-criminais*. Lisboa: Almedina, 2014.

CARVALHO, Érika M. de; CARVALHO, Gisele M. de. Direito penal de risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Questões penais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 11. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1995.

_____. *Curso de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

aumento das hipóteses de *responsabilidade penal de pessoas jurídicas*, indo além da atual regra de responsabilidade pela prática de delitos contra o meio ambiente (Lei 9.605/1998), estabelecendo no art. 38: "as pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômico-financeira e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade".

WUNDERLICH, Alexandre. A responsabilidade penal por danos ambientais – Do cenário atual à avaliação *crítica* ao modelo de imputação de entes coletivos e individuais trazidos pela Lei 9.608/1995 no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 203-221. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

_____. Meio ambiente e proteção penal. *Revista dos Tribunais*. vol. 655. São Paulo: Ed. RT, maio 1990.

FEURBACH, Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 1989.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei n. 9.605/98*. Trad. Cristina Reindoff da Motta, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GONZÁLES SIERRA, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas: análisis del art. 31 bis CP*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. Francisco Munõz Conde e María del Mar Díaz Pita, Bogotá: Temis, 1999.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed.Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares Editorial, 1993. vol. I.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2006.

MARQUES DA SILVA, Germano, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*. Lisboa: Verbo, 2009.

MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000.

NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidade penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

_____ (dir.); LASCURAN SÁNCHEZ, Juan Antonio; BLANCO CORDERO, Isidoro; PÉREZ FERNÁNDEZ; Patricia; GARCÍA MORENO, Beatriz. *Manual de cumprimento penal em la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

PRADO, Luiz Regis. Crime ambiental: responsabilidade penal da pessoa jurídica? *Boletim do IBCCRIM*. n. 65. São Paulo, abr. 1998.

_____. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Ed. RT, 1992.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Salvador: JusPodivm, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. A lei de crimes ambientais. *Revista Forense*. vol. 345, 1999.

_____. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luis Régis.; DOTTI, René (coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

RIEGER, Renata Jardim da Cunha. *A posição de garantia no direito penal ambiental: o dever de tutela do meio ambiente na criminalidade de empresa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ROXIN, Claus. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997. vol. I.

SANTOS, Gerson Pereira dos. *Direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____. Para repensar a parêmia *societas delinquere non potest*. *Fascículos de Ciências Penais*. vol. 5. n. 2. Porto Alegre, jun. 1992.

SARAIVA, Renata Machado. Em defesa da igualdade de responsabilização penal entre pessoas jurídicas de direito público e de direito privado. In: ULHOA, Paulo Roberto; FARO, Júlio (orgs.). *Direitos humanos e meio ambiente: obra dedicada ao Instituto Terra*. Vitória: Cognojus, 2014.

SERRANO TÁRRAGA, María Dolores; SERRANO MAÍLLO, Alfonso; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Tutela penal ambiental*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer S.L, 2013.

_____; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Los delitos contra el médio ambiente: reforma legal y aplicación judicial*. Barcelona: Atelier, 2012.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. 10. ed. Buenos Aires: Tea, 1992. vol. I.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica por dano ambiental. *Revista de Estudos Criminais*. vol. 8. Sapucaia do Sul: NotaDez, 2003.

_____. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. La responsabilidad Penal de las personas Jurídicas en el Derecho penal portugués: breve reflexión del marco legal y de la evolución doctrinal. In: MULAS, Nieves S. *El Derecho Penal y La Nueva Sociedad*. Granada: Comares, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A introdução de espécies marinhas exóticas em águas brasileiras pela descarga da água de lastro de navios, de Ana Beatriz M. Kesselring – *RDA* 45/11-34 (DTR\2007\28);
- Aspectos jurídicos acerca da poluição causada por água de lastro, de Wellington Nogueira Camacho – *RDA* 46/191-222 (DTR\2007\227); e
- Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: Uma perspectiva do direito brasileiro, de Sérgio Salomão Shecaira – *RT* 921/281-294 (DTR\2012\44819).

WUNDERLICH, Alexandre. A responsabilidade penal por danos ambientais – Do cenário atual à avaliação *crítica* ao modelo de imputação de entes coletivos e individuais trazidos pela Lei 9.608/1995 no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 203-221. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir

Naming feminicide: knowing, representing, and punishing

Debora Diniz

Doutora em Antropologia pela Universidade de Brasília. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Pesquisadora da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

Bruna Santos Costa

Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília. Pesquisadora da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

Sinara Gumieri

Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília. Pesquisadora da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

Área do Direito: Penal

Resumo: Feminicídio é um neologismo que descreve a matança de mulheres pelo regime do gênero. A tipificação penal do feminicídio teria por finalidade alterar práticas investigativas e mecanismos de justiça do Estado. A revisão da literatura demonstrou três efeitos esperados da nomeação: tipificar para conhecer, para simbolizar e para punir. Este artigo problematiza esses efeitos com base em dados sobre homicídios de mulheres por violência doméstica e familiar no Distrito Federal entre 2006 e 2011. A pesquisa foi realizada em arquivos do Instituto de Medicina Legal, da polícia civil, do Ministério Público e do Judiciário. No Distrito Federal, uma em cada três mulheres foi morta por homens de suas relações afetivas ou familiares, e em 97% dos casos houve condenação do matador. Como conclusão, o artigo propõe que nomear para apreender é diferente de nomear para punir.

Palavras-chave: Feminicídio – Homicídio de mulheres – Tipificação penal.

Abstract: Feminicide is a neologism that describes the killing of women by the gender regime. The criminal classification of feminicide aims to change investigative practices and State justice mechanisms. Literature review showed three expected effects of naming: typify to know, to represent, and to punish. This article discusses these effects through the analysis of data on female homicides by domestic and family violence in the Federal District of Brazil between 2006 and 2011. The survey was conducted with files obtained from the morgue, the police, the Prosecution, and the Judiciary. In the Federal District, one in three women was killed by men of their affective or family relationships, and the killer was convicted in 97% of the cases. In conclusion, the article proposes that naming in order to apprehend is different from naming in order to punish.

Keywords: Feminicide – Female homicide – Criminal classification.

Diniz, Debora; Costa, Bruna Santos; Gumieri, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 225-239. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

SUMÁRIO: 1. Feminicídio – 2. Cadáveres e arquivos – 3. Nomear para punir – 4. Nomear para quê?

1. FEMINICÍDIO

Nomear é um gesto político, uma forma inicial de apreensão de experiências ou fenômenos escondidos. Esta pode ser a história política do conceito de feminicídio – nomear para fazer existir a morte evitável de mulheres. O termo "femicídio" (*femicide*) é atribuído a Diana Russel, pesquisadora feminista sul-africana que o teria criado na década de 1970 para falar do extremo letal do "*continuum* de terror antifeminino".[1] A geografia do termo remete ao Tribunal Internacional de Crimes Contra Mulheres, um tribunal popular organizado por militantes feministas em Bruxelas, em 1976, que queria tornar pública a variedade de crimes cometidos contra mulheres em diferentes países e culturas, fosse na forma de agressões diretas, fosse na de discriminações letais. Nesse marco, femicídio não se reduziria a homicídio: é qualquer morte que decorra do gênero, seja na violência doméstica, seja na violência sexual anônima, no aborto clandestino, na mutilação genital, na mortalidade materna, no tráfico de mulheres.

Na década de 1990, o termo foi apropriado para descrever o que se passa em Ciudad Juarez, no México, onde centenas de mulheres jovens e trabalhadoras têm desaparecido, sido violentadas, torturadas e assassinadas sem que as autoridades respondam ao terror – nem protegendo, nem punindo. A antropóloga e deputada mexicana Marcela Lagarde considerou que femicídio, homólogo de homicídio, seria insuficiente; apenas arranhava a neutralidade da vitimação para a lei penal.[2] Preferiu "feminicídio", que poderia perturbar o regime da nomenclatura: designaria o conjunto de violações a direitos humanos das mulheres e denunciaria o Estado desprotetor, omisso, negligente ou cúmplice. A disputa quanto à sinonímia entre feminicídio e femicídio segue atual.

Como categoria analítica e política, o feminicídio encontrou terreno fértil na intelectualidade e militância latino-americanas: múltiplas conceituações e sub-

1. CAPUTI, Jane; RUSSEL, Diana E. H. Femicide: Sexist Terrorism against Women. In: RADFORD, Jill; RUSSEL, Diana E. H. *Femicide: The Politics of Woman Killing*. New York: Twayne, 1992. p. 15.

2. LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres. In: BULLEN, Margaret; MINTEGUI, Carmen Diez (orgs.). *Retos teóricos y nuevas prácticas*. Donostia: Ankulegi Antropologia Elkartea, 2008. p. 209-239.

DINIZ, Debora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 225-239. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

tipos – feminicídio íntimo, não íntimo, sexual, por conexão – foram desenvolvidos e incorporados ao vocabulário das demandas punitivas.[3] Na última década, a região tornou-se palco de um movimento de tipificação do feminicídio como crime diferenciado do homicídio: cerca de uma dezena de países o tipificaram. Não há acordo nas legislações: em algumas, trata-se de um tipo penal próprio, em outras de uma qualificadora ou agravante; algumas tratam apenas das mortes em contexto de violência doméstica, outras propõem formatos mais amplos; em alguns países, o esforço para visibilizar a negligência estatal que contribui para essas mortes levou ainda à tipificação da conduta de agentes públicos que dificultam o acesso de mulheres vítimas de violência à justiça.[4]

O conceito mostrou-se vigoroso e sua potência depende do marco analítico que o movimenta. Por que o tipo penal genérico não seria suficiente para descrever e tutelar as mulheres vítimas de violência? Porque não basta descrever a morte de mulheres, é preciso nomear o marco político da matança – não é um marco neutro sexualmente, ao contrário. O patriarcado é o poder de subalternização das mulheres a diferentes regimes de governo da vida, e o gênero é um deles.[5] Ao nomear a sexagem da vítima e do agressor e as precarizações de corpos sexados como femininos, denuncia-se o patriarcado como poder. Gênero é um regime de governo da vida abrangente e opressor, e ainda mais grave: é sempre violento.[6] O patriarcado tem no gênero um regime político e,

3. Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH); Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres). Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio). Panamá: Únete, 2013. Disponível em: [www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf]. Acesso em: 20.11.2014.

4. VÍLCHEZ, Ana Isabel Garita. La regulación del delito de femicídio/feminicidio en América Latina y el Caribe. Panamá: Únete, 2008. Disponível em: [www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg_del_femicicidio.pdf]. Acesso em: 20.11.2014.

5. DINIZ, Debora. Perspectivas e articulações de uma perspectiva feminista. In: STEVENS, Cristina; OLIVEIRA, Susana Rodrigues de; ZANELLO, Valeska (org.). *Estudos feministas e de gênero: articulações e perspectivas*. Brasília: Mulheres, 2014. p. 10-21. DINIZ, Debora. Feminismo: modos de ver e mover-se. *O que é feminismo?* Lisboa: Escolar, 2015. (Coleção Cadernos de Ciências Sociais). No prelo.

6. SEGATO, Rita. Que es un feminicidio: notas para un debate emergente. *Série Antropologia*, n. 401, Brasília, 2006. Disponível em: [www.unb.br/ics/dan/Serie401empdf.pdf]. Acesso em: 19.11.2014.

na matança de mulheres, um dos indícios do horror. Assim, nomeia-se para resistir ao marco, mas também para denunciar a brutalidade da violência.

Se patriarcado e gênero são conceitos que movimentam a nomeação do feminicídio como matança de mulheres, a tensão conceitual anima resistências ou mesmo diferenças entre compreensões analíticas. A principal crítica é que patriarcado seria um conceito estático e pouco sensível às diferenças entre as culturas, portanto, pouco produtivo como marco analítico para compreender as razões da matança de mulheres.[7] Essa nos parece uma crítica sensível à diversidade, mas que reduziria o patriarcado a um de seus regimes políticos, o gênero. Patriarcado e gênero não são sinônimos, apesar de se confundirem. O patriarcado é um marco de poder, com diferentes regimes de governo pela subalternização, pela vigilância e pelo castigo. O gênero é só um deles; a colonialidade, a classe ou a cor são outros.[8] Esse cruzamento entre regimes recebeu o título de interseccionalidade, uma multiplicidade de classificações e controles dos corpos que problematizam tentativas genealógicas e absolutizantes das formas de opressão. Neste ensaio, reconhecemos a existência de múltiplas configurações que atualizam e particularizam o patriarcado como poder, e o gênero, como regime político de governo da vida.

O feminicídio seria, assim, a matança de corpos sexados como mulheres pelo regime político do gênero em um marco patriarcal de poder. Esse verbete é já um gesto político audacioso, um neologismo que, ao ser enunciado, provocaria a opressão do gênero escondida sob a neutralidade do tipo penal homicídio. No entanto, o debate brasileiro, apesar de disperso e pouco veiculado por publicações acadêmicas, pois ainda se dá majoritariamente por folhetos, campanhas educativas, textos de notícias, decisões judiciais ou projetos de lei, considera que é preciso nomear para agir, seja para proteger as mulheres, seja para punir os matadores. Nomear para *descrever* não seria suficiente: declinar o sexo de um tipo penal, sem alterações derivadas do poder performativo do direito penal, teria efeito nulo para a garantia de direitos.[9]

---

7. PASINATO, Wânia. "Feminicídios" e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, n. 37, p. 219-246, 2011.

8. CURIEL, Ochy. Los aportes de las afrodescendientes a la teoria y la practica feminista: desuniversalizando el sujeto Mujeres. In: FEMENÍAS, María Luisa. *Perfiles del Feminismo Iberoamericano*. Buenos Aires: Catálogos, 2007. vol. III, p. 169-190. LUGONES, María. Colonialidad y género. *Tabula Rasa – Revista de Humanidades*, n. 9, p. 73-101, 2008.

9. VÁSQUEZ, Patsilí Toleto. La controversial tipificación del femicidio/feminicidio: algunas consideraciones penales y de derechos humanos. *Encuentro Académico La-*

É nessa compreensão que nomear para *punir* é tema de intensa proposição legislativa no Brasil.[10]

tinoamericano del Programa de Justicia, Género y Sexualidad de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, 13.07.2009. Disponível em: [http://ovsyg.ujed.mx/docs/biblioteca-virtual/La_controversial_tipificacion_del_femicidio.pdf]. Acesso em: 20.11.2014.

10. Há cinco projetos de lei tramitando no Congresso Nacional sobre o feminicídio. O PLS 236/2012 propõe que o novo Código Penal inclua os termos "identidade de gênero" e "contexto de violência doméstica e familiar" como formas de qualificar o homicídio. O PLS 292/2013 estabelece três circunstâncias para caracterizar a qualificadora de feminicídio: relação íntima de afeto ou de parentesco entre vítima e agressor; violência sexual contra a vítima; e mutilação ou desfiguração da vítima. O substitutivo do PLS 292/2013 acrescenta uma quarta circunstância: emprego de tortura ou qualquer meio cruel ou degradante. Por fim, o PL 6.622/2013 dispõe sobre o feminicídio como um tipo penal novo: "matar alguém pela condição de ser mulher, com mutilação, desfiguração ou violência sexual, antes ou depois da morte, tendo ou não o agente relação de afeto ou parentesco com a vítima". Em nenhuma dessas propostas o feminicídio teria pena maior que a do homicídio qualificado. Recentemente, o Senado aprovou novo substitutivo do PLS 292/2013, que define feminicídio como o homicídio praticado "contra a mulher por razões de gênero", verificadas quando o crime envolve "violência doméstica e familiar" ou "menosprezo ou discriminação à condição de mulher"; o substitutivo também determina aumento de pena em 1/3 quando o feminicídio for praticado "durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto, contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 ou com deficiência e na presença de descendente ou ascendente da vítima". Congresso Nacional. Projeto de Lei do Senado 236, de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404]. Acesso em: 21.01.2015. Congresso Nacional. Projeto de Lei do Senado 292, de 2013. Altera o Código Penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=113728]. Acesso em: 21.01.2015. Congresso Nacional. Emenda 1 – CCJ (Substitutivo) ao Projeto de Lei do Senado 292, de 2013. Altera o art. 121 do Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e dá outras providências. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=147974&tp=1]. Acesso em: 21.01.2015. Congresso Nacional. Projeto de Lei 6.622, de 2013. Altera o Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal), para tipificar o crime de feminicídio; modifica o § 11 do art. 129 do Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal), para aumentar a pena da lesão corporal decorrente de violência doméstica, se o crime constituir violência de gênero contra as mulheres, e acrescenta o art. 132-A ao Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal), para tipificar a violência psicológica contra a mulher; e altera o inc. I do art. 1.º da Lei 8.072, de 25.07.1990 (Lei de Crimes Hediondos), para incluir o feminicídio entre os crimes considerados hediondos. Disponível em: [www.

Tipificar o feminicídio teria por finalidade alterar práticas investigativas e mecanismos de justiça do Estado. Nesse universo fluido e variado em que o conceito de feminicídio circula, localizamos três efeitos como justificativas para a nomeação: nomear para *conhecer*; nomear para *simbolizar*; e nomear para *punir*. Ao nomear a matança de mulheres por um tipo penal específico – feminicídio –, o fenômeno seria mais bem conhecido: o tipo penal neutro de homicídio não mais esconderia o que permanece asilado na casa, nas cifras ocultas, ou no universo abstrato das taxas de homicídio.[11] Além disso, as mulheres mortas seriam contadas e conhecidas. A hipótese de que nominar pode ampliar as formas de inteligibilidade nos parece convincente. A dúvida recai sobre a quem caberia a legitimidade de reconhecer o neologismo como uma categoria para as estatísticas do Estado. Se a preocupação são as classificações e as pesquisas, alterações nos registros administrativos dos peritos, da polícia e do Judiciário poderiam incorporar o neologismo como classificação e precisar o fenômeno.

A hipótese de nomear para *simbolizar* é da ordem moral e aposta nos efeitos performativos das enunciações, em particular das punitivas: ao passar do silêncio do tipo penal genérico ao texto punitivo específico, a matança de mulheres seria desnaturalizada. Feminicídio, em vez de homicídio, permitiria que o horror da matança ganhasse texto, envergonhasse os matadores e alterasse o regime político que o sustenta. Não há evidências de como esse jogo performativo entre enunciação e simbolização se efetuaria para alterar o regime do gênero – na verdade, há críticas amplas à tese dos efeitos simbólicos do uso do direito penal para a promoção do justo por descrença quanto a sua efetividade.[12]

---

camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597943]. Acesso em: 21.01.2015. Congresso Nacional. Emenda 2 – PLEN ao Substitutivo da CCJ ao PLS 292, de 2013. Altera o art. 121 do Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal), para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1.º da Lei 8.072, de 25.07.1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=159189&tp=1]. Acesso em: 21.01.2015.

11. VÁSQUEZ, op. cit. COPELLO, Patricia Laurenzo. Apuntes sobre el feminicidio. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 8, p. 119-143, 2012.

12. GARLAND, David. *The culture of control*: crime and social order in contemporary society. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Direito Público*, n. 17, p. 52-75, 2007. BUMILLER, Kristin. *In an abusive state:* how neoliberalism appropriated the feminist movement against sexual violence. Local: Duke University Press Book, 2008.

Nossa principal inquietação é a hipótese penal para a nomeação política, pois é a que mais intensamente movimenta os argumentos favoráveis à incorporação do feminicídio no léxico punitivo e político brasileiro. Além disso, é possível entender os outros efeitos (*conhecer* e *simbolizar*) como derivados da hipótese de um novo tipo penal inscrito na ordem punitiva. Nomear para *punir* é o efeito com maior adesão de interlocutoras feministas[13] e o que mais provoca os usos do direito penal para a igualdade no gênero. Por sua delicadeza, problematizaremos seus sentidos a partir de uma pesquisa empírica longitudinal realizada no Instituto de Medicina Legal (IML) e no Judiciário do Distrito Federal sobre o feminicídio.

2. CADÁVERES E ARQUIVOS

A Lei Maria da Penha foi um marco de disputa no regime do gênero violentador. O Estado assumiu texto e força para punir agressores de mulheres. A lei não esticou seus domínios para a matança de mulheres, talvez por isso a tipificação do feminicídio seja um desdobramento da reconfiguração punitiva em curso. Isso significa que, nesse quadro interpretativo, não bastaria a sexagem da vítima para a matança de mulheres ser entendida como feminicídio, sendo necessário também o contexto do crime de ódio às mulheres. As relações de afeto, dependência e sexualidade são as que movimentam a compreensão do feminicídio no Brasil como um tipo penal específico para descrever as mortes evitáveis se o gênero não fosse um governo violento da vida.

No Distrito Federal, há um único Instituto de Medicina Legal – ali chegam todas as mulheres vítimas de "mortes violentas". Entre setembro de 2006 e setembro de 2011, foram 301 mulheres mortas pelo que se classifica como "morte violenta" pelas autoridades policiais ou judiciárias no Distrito Federal. O registro foi contado pelos laudos cadavéricos e, se feminicídio representa a proposta de tipo penal pela sexagem da vítima, foram 301 vítimas de feminicídio no Distrito Federal. No entanto, para fins de exercício argumentativo, assumiremos que feminicídio não se resume à declinação sexual do tipo penal genérico de homicídio. É preciso uma análise das circunstâncias do crime – importa a figura do matador, o contexto da matança e a relação prévia com a vítima.

Saímos à procura de processos judiciais (inquéritos e ações penais) de todas as vítimas, isto é, pistas que nos mostrassem as razões da morte. Do total dos

13. LAGARDE Y DE LOS RÍOS, op. cit. VÁSQUEZ, op. cit.

casos, 9% (26) envolviam acusados menores, e foram afastados da pesquisa por razões de sigilo e segredo dos documentos. O universo foi de 275 mulheres. Para 44% (121) delas, não houve matança por violência doméstica ou familiar, mas crimes que seriam cobertos pelo tipo penal genérico de homicídio. Em 21% (58), não há resolução investigativa, ou por ausência de provas de autoria, ou por inexistência de investigação policial (a distribuição é a seguinte: 2006, 3% (2); 2007, 12% (7); 2008, 14% (8); 2009, 34% (20); 2010, 16% (9); 2011, 21% (12)).[14] Ou seja, para uma em cada cinco mulheres, há completo desconhecimento sobre as razões da matança – é possível que nessa cifra oculta esteja um cenário ainda mais perverso da morte de mulheres pelo regime do gênero.

Feminicídio seria um tipo penal em 35% (96) dos casos, ou seja, uma em cada três mulheres foi morta pelo feminicídio. Elas morreram de tiros, facadas, queimadas; algumas na cena da agressão, outras em hospitais por onde peregrinaram. Mais da metade delas morreu na casa e sem testemunhas. Elas eram mulheres de todas as idades, entre 15 e 68 anos, 44% (42) delas com filhos em comum com os matadores, 80% (77) negras e 20% (19) brancas. O agressor foi essa figura típica do homem das famílias: 48% (46) de maridos ou companheiros, 29% (28) de ex-maridos ou ex-companheiros, 3% (3) de filhos. Se há horror na matança, não há surpresa sobre como compreender a transformação das mulheres em cadáveres: elas foram mortas pelo gênero.

A busca dos inquéritos ou processos judiciais foi repleta de barreiras. Os documentos estão dispersos, e não há clareza das razões da morte nos registros burocráticos senão pela leitura integral dos arquivos. Foi preciso uma extensa varredura de três anos de pesquisa em diferentes fundos de arquivo para a composição do mapa da matança das mulheres e seus contextos: IML, polícia, Ministério Público e Judiciário.[15] Nomear para *conhecer* alteraria as práticas de indexação oficiais e, talvez, facilitasse a organização dos documentos. A principal dificuldade seria como classificar feminicídio no universo geral de matança de mulheres tendo o IML como porta de entrada: quase a metade delas não

14. Consideramos cifra oculta os laudos cadavéricos para os quais, após três anos de busca, ainda não foram encontradas informações relativas às investigações policiais, bem como aqueles que geraram inquéritos que foram arquivados ou estão em tramitação sem autoria determinada.

15. A pesquisa documental seria inacessível sem a intensa participação e transparência do Instituto de Medicina Legal do Distrito Federal e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Os laudos cadavéricos foram recuperados em setembro de 2011 e os processos judiciais foram levantados entre setembro de 2011 e novembro de 2014.

morreu por violência do gênero.[16] Esse contexto, porém, somente foi descortinado em etapas posteriores da investigação, em muitos casos já com o processo judicial instaurado. A despeito dessa dificuldade sobre o que nomear como feminicídio e a quem caberia a análise, alterações de classificação na chegada do corpo morto ao IML, na abertura dos inquéritos policiais ou na instauração do processo judicial poderiam dar maior visibilidade ao fenômeno e mesmo lançar luzes sobre a cifra oculta de uma em cada cinco mulheres mortas.[17]

Uma hipótese para a cifra oculta poderia ser a morosidade da burocracia investigativa e punitiva, ou seja, é preciso tempo para que o laudo cadavérico se transforme em arquivo de investigação policial ou judiciária. Em 2011, estão 21% (12) de casos ocultados, havendo uma distribuição irregular entre os anos da pesquisa. Como os julgamentos seguem um padrão, foi possível delimitar fluxos esperados para a burocracia investigativa: o Ministério Público oferece denúncia por homicídio qualificado, o acusado é pronunciado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri e condenado pelo Conselho de Sentença. O tempo médio de tramitação dos processos entre a morte e a denúncia é de 119 dias; entre a denúncia e a sentença do júri, de 449 dias; e entre a morte e o trânsito em julgado, de 793 dias. Ou seja, entre a morte da mulher e o fim do processo, levam-se, em média, 2 anos e 63 dias. O caso mais breve foi de 203 dias entre o laudo cadavérico e o trânsito em julgado, e o mais lento, de aproximadamente 7 anos. Sendo assim, pela tramitação média ou pela mais longa, a magnitude da cifra oculta não se explicaria pela lentidão da burocracia.

Os laudos cadavéricos agregam provas materiais ao processo investigativo, havendo quesitos sobre formas da violência, uso de crueldade, resistência da vítima ou mesmo indícios mais técnicos, tais como teste de DNA ou definição se houve consumo de entorpecentes e álcool. A confissão dos matadores ganha proeminência na cena judiciária – 63% (53) deles, dois em cada três, confes-

16. É possível entender o gênero como estruturador das relações sociais. Assim, toda morte violenta de mulheres seria um feminicídio. Nosso exercício argumentativo neste ensaio segue caminho diferente: feminicídio seria o desdobramento da compreensão da violência proposta pela Lei Maria da Penha, ou seja, é preciso o contexto das relações de dependência, sexualidade ou afeto.

17. A Portaria 620/2013 da Polícia Civil do Rio de Janeiro prevê procedimentos específicos para a investigação de homicídios de mulheres, com o objetivo de identificar se elas morreram pelo gênero. A coleta de provas deve investigar histórico de violência doméstica ou de outros tipos e laudar violência sexual, gravidez ou lesão de defesa no momento da morte. Disponível em: [www.adepolrj.com.br/Portal2/Noticias.asp?id=13302]. Acesso em: 20.11.2014.

sam o crime.[18] Ao assumir-se assassino, o sujeito responde a uma pergunta-chave à lógica penal para a produção das verdades judiciárias: *quem é você?*.[19] Confessando-se, o matador se assume feminicida, e a cena judiciária se acalma quanto aos testes de produção de verdades. Reconhecido o matador, o passo seguinte é puni-lo.

3. NOMEAR PARA PUNIR

Nomear para *punir* é a principal hipótese que move a incorporação do feminicídio no léxico punitivo.[20] Há duas correntes em disputa sobre feminicídio como novo tipo penal: a que sustenta ser o regime do gênero um modulador para o tipo genérico do homicídio, o que exigiria aumento de pena; e a que pressupõe ser o homicídio um tipo genérico neutro que encobre a matança de mulheres. Na primeira compreensão, nomear é punir mais; na segunda, nomear é punir efetivamente. Entendemos que as hipóteses de punir mais e efetivamente são dependentes de conhecer se há punição para os matadores de mulheres – para algumas autoras, a suspeição é de que a engrenagem punitiva seja leniente com os homens.[21]

---

18. Para a análise da confissão, excluímos os 12 casos de feminicídio seguidos de suicídio do agressor, que serão detalhados a seguir. Assim, o universo do dado da confissão é de 84 casos.

19. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdad: función de la confesión en la justicia. Curso de Lovaina*, 1981. 13. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

20. AGÊNCIA SENADO. Para especialistas, tipificação do feminicídio fortalecerá combate à violência contra as mulheres. 19.11.2013. Disponível em: [www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/11/19/para-especialistas-tipificacao-do-feminicidio-fortalecera-combate-a-violencia-contra-as-mulheres]. Acesso em: 21.11.2014. Compromisso e Atitude Lei Maria da Penha. *Tipificação penal para feminicídio pode ajudar a dimensionar e enfrentar esse crime*. out. 2013. Disponível em: [http://homolog.compromissoeatitude.org.br/tipificacao-penal-para-feminicidio-pode-ajudar-a-dimensionar-e-enfrentar-esse-crime/]. Acesso em: 19.11.2014. Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher: relatório final. Brasília, jun. 2013. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=133656&tp=1]. Acesso em: 20.11.2014.

21. BANDEIRA, Lourdes. Feminicídio: a última etapa do ciclo da violência contra a mulher. *Compromisso e atitude. Lei Maria da Penha*, 11 out. 2013. Disponível em: [www.compromissoeatitude.org.br/feminicidio-a-ultima-etapa-do-ciclo-da-violencia-contra-a-mulher-por-lourdes-bandeira]. Acesso em: 20.11.2014. IRAHETA, Diego. Lei do Feminicídio no Brasil: por que as mulheres precisam de uma proteção específica contra crimes. *Brasil Post*, 09.08.2014. Disponível em: [www.brasilpost.com.br/2014/08/09/

A frequência dos feminicídios por ano foi a seguinte: 4% (4) em 2006; 20% (19) em 2007; 24% (23) em 2008; 16% (15) em 2009; 20% (19) em 2010; e 17% (16) em 2011.[22] Cada laudo movimenta a engrenagem judiciária de uma maneira particular, por isso mantivemos a pesquisa de campo nos fundos de arquivo durante três anos após a consulta aos laudos cadavéricos no IML em setembro de 2011. Se considerarmos o tempo médio de tramitação de um processo judicial até o trânsito em julgado (793 dias), todos os casos já deveriam estar encerrados. Nem todo laudo de morte violenta movimentou uma investigação, mas praticamente todos os casos com processo judicial resultaram na punição do matador.

Em 57 (97%) dos 59 processos de feminicídio que chegaram ao julgamento, o desfecho foi a condenação do matador por homicídio doloso. Em um único caso, o crime foi desclassificado para homicídio culposo após a votação dos jurados.[23] Em dois processos, houve impronúncia do acusado, pois o juiz concluiu que não havia provas suficientes de autoria. Em outro, houve absolvição sumária do acusado, porque ele teria agido para se defender legitimamente.[24] O regime de pena aplicado é um segundo indicador do modo interpretativo de punição ao feminicídio: 95% (54) foram sentenciados a cumprir pena em regime fechado, 4% (2) em regime semiaberto e 2% (1) em regime aberto. Em 77% (65) dos casos de feminicídio, houve prisão provisória.

Se o feminicídio é a morte violenta de mulheres pelo gênero, a análise da extensão das penas lançou novo desafio à classificação. O que seria o feminicídio para a punição: o homicídio ou o complexo de violências, tais como estupro e ocultação ou destruição de cadáver? A depender de como a classificação se movimenta para a análise da punição aos crimes do gênero, encontramos

---

lei-do-feminicidio_0_n_5662637.html]. Acesso em: 24.11.2014. Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP). Petição para Senado: inclua o homicídio contra mulheres no Código Penal! #LeidoFeminicídio. 7 ago. 2014. Disponível em: [www.change.org/p/senado-inclua-o-homic%C3%ADdio-contra-mulheres-no-c%C3%B3digo-penal-leidofeminic%C3%ADdio]. Acesso em: 20.11.2014.

22. A pesquisa teve início em setembro de 2006 e foi encerrada em setembro de 2011.
23. Segundo o acusado, a vítima foi atingida por disparo de arma de fogo de forma acidental. Na votação do Conselho de Sentença, os jurados entenderam que ele não teve o dolo de matá-la e o crime foi desclassificado para homicídio culposo.
24. Vítima e acusado estavam discutindo quando ela o esfaqueou. O acusado conseguiu tomar a faca e lesionou-a na região abdominal, o que lhe provocou a morte. Para o magistrado, o acusado usou os meios necessários para se defender legitimamente.

diferentes extensões de pena.[25] Para o homicídio, os julgamentos resultaram em pena média de 15 anos, em um intervalo mínimo de 4 anos (1 processo) e máximo de 24 anos e 2 meses (1 processo). 5% (3) dos casos sentenciados receberam pena igual ou superior a 20 anos, 86% (49) entre 11 e 19 anos, e 9% (5) igual ou inferior a 10 anos.[26] Se considerarmos o complexo de violências, as penas média e máxima sobem para 15 anos e 6 meses e 26 anos e 10 meses, respectivamente.

Em 12% (12) dos feminicídios, a matança da vítima foi seguida pelo suicídio do agressor.[27] O cenário comum é o da não aceitação do fim do relacionamento amoroso por parte do matador. Se, no universo geral dos feminicídios, para cada mulher branca morta há quatro mulheres negras, a relação se inverte no duplo crime de feminicídio-suicídio dos homens: há uma distribuição igual de brancas e negras nesse enredo trágico, no entanto, as chances de sua efetivação são quatro vezes maiores entre brancas que entre negras. Essa configuração violenta nos mostra o patriarcado em movimento por outros marcadores de subalternização e vigilância, como a cor ou a geografia.[28]

As mulheres negras vítimas do feminicídio nesse enredo trágico dos matadores são oriundas de regiões administrativas menos pobres do Distrito Federal, como Sobradinho, Taguatinga ou Águas Claras – a concentração do feminicídio-suicídio em regiões administrativas de maior renda média *per capita* merece ser investigada com cautela, pois sugere padrões particulares de violência

25. A inclusão de outras vítimas, em particular de crianças, ampliaria as fronteiras sobre como classificar o feminicídio para a engrenagem punitiva e judiciária. Nesta pesquisa, encontramos casos em que mulher e filhas foram vitimadas por um complexo de violências. Para a contagem da extensão das penas, excluímos outras vítimas. Em um dos processos, o matador recebeu 16 anos pela morte da mulher, mas, somado o estupro da filha, a pena final ultrapassou os 40 anos de reclusão. A decisão por traçar fronteiras entre as vítimas e os crimes no complexo de violências deve ser objeto de reflexão para a defesa da tipificação do feminicídio — as fronteiras do regime do gênero para a subalternização das mulheres e suas filhas sobrepõem-se. Ignorar a fluidez das fronteiras nos parece um recorte que atenua a violência do patriarcado.

26. Foram 96 casos de feminicídio, entre os quais 59 chegaram ao julgamento, 12 à fase de pronúncia e 11 à denúncia; 14 ainda são inquéritos. Para a análise da composição das penas e dos tempos, excluímos os casos de suicídio (12). Assim, o universo passou a ser de 84 casos de feminicídio com possibilidade de punição do matador.

27. Uma segunda particularidade desse homicídio-suicídio é a concentração do enredo violento entre autoridades de segurança pública: do total de homens, 50% (6).

28. A cor das vítimas foi coletada pelos laudos cadavéricos; a dos agressores, pelos registros processuais. Em 34% dos casos, não havia registro.

a depender dos indicadores sociais utilizados, como renda, cor ou espaço.[29] Os dados constantes nos arquivos analisados são precários para avançarmos em conclusões sobre esse achado, além de o universo de casos ser reduzido para permitir afirmações definitivas.

As chances de uma mulher negra ser morta pelo feminicídio são três vezes maiores do que as de uma mulher branca, isso já corrigido pelos diferenciais da composição por cor da população do Distrito Federal segundo a Pnad 2011.[30] A proporção da cifra oculta é seis vezes maior entre cadáveres negras que brancas, e mais da metade do total está concentrada em cinco circunscrições (Planaltina, Taguatinga, Ceilândia, Santa Maria e Samambaia).[31] Há particularidades na geografia da matança, não só para o instante da morte, mas para o quadro de precarização da violência. A casa é um lugar de perigo para todas, mas as mulheres negras são mortas seis vezes mais em bares e ruas que as mulheres brancas. Ao ser incorporado pela engrenagem investigativa, o crime segue um curso punitivo reto: prisão preventiva e penas altas para os matadores.

4. NOMEAR PARA QUÊ?

Nomeamos as mortes violentas das mulheres pelo regime do gênero como feminicídio. Assumimos uma classificação em disputa como descritor das razões pelas quais as mulheres são mortas violentamente. Elas são mulheres comuns – de todas as idades, com filhos, asiladas na casa por matadores das relações de afeto, sexualidade ou dependência. As mulheres mais precarizadas pelo patriarcado têm cor e geografia: são negras e oriundas de regiões admi-

29. Para o dado da renda média das regiões administrativas do Distrito Federal, utilizamos a Pesquisa Distrital por Amostra de Domicílios (Pdad) de 2013/14, da Codeplan. Os laudos cadavéricos registram a residência da vítima. Essa aproximação entre a residência inscrita da vítima e a renda média das regiões administrativas deve ser considerada com cautela, pois há diferenças importantes de renda no interior de cada região administrativa. Mesmo com essa ressalva, as regiões administrativas podem indicar o patriarcado cruzando-se com diferentes regimes de governo da vida, tais como cor, classe ou espaço. Companhia de Planejamento do Distrito Federal (Codeplan). *Pesquisa Distrital por Amostra de Domicílios (PDAD) de 2013/14*. Disponível em: [www.codeplan.df.gov.br/component/content/article/261-pesquisas-socioeconomicas/294-pdad-2013.html]. Acesso em: 28.11.2014.

30. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Dados sobre População do Brasil, PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios)*. Rio de Janeiro, 2011.

31. Para a cifra oculta, o dado mais preciso sobre a geografia da matança é a circunscrição policial, isto é, a delegacia de origem do crime.

nistrativas mais pobres. Aquelas esquecidas como cadáveres pela engrenagem punitiva e judiciária também são negras e pobres: são os corpos da cifra oculta da polícia. Os matadores são homens comuns, companheiros ou ex-maridos, pais dos filhos das mulheres que mataram. Alguns, como senhores de um enredo soberano, matam as mulheres e se matam. As personagens dessa tragédia também têm cor e geografia particulares: são brancas e de regiões administrativas menos pobres.

Esse mapa retrata uma realidade escondida e particular. Não sabemos o que se passa em outros estados com diferentes regimes investigativos e punitivos. Nosso exercício de pesquisa foi duplo: por um lado, descortinar a realidade do feminicídio na capital do país, mas, por outro, problematizar efeitos requeridos pela nomeação de feminicídio para a morte violenta de mulheres pelo poder patriarcal e seus regimes de governo da vida, tais como o gênero, a cor ou a classe. A realidade do feminicídio é perversa, e para nós ainda mais cruel do que a imaginada pela retórica dos argumentos sobre a opressão imposta pelo patriarcado na sociedade brasileira: são mulheres pobres, negras, cuja matança é resultado de uma longa e permanente precarização da existência.

O mapa da matança nos provocou o espanto do horror, e nomear o cenário como feminicídio é resistir: as mortes violentas são evitáveis, os homens são os culpados, o gênero é o contexto da violência. Nomear para *apreender* foi o movimento que assumimos neste ensaio: o feminicídio é a matança de mulheres por homens no patriarcado. No entanto, mesmo sem a nomeação particular, a matança é já punida pelo tipo genérico do homicídio, e penas altas são a regra do castigo. Não há como saber se essa realidade do tipo genérico movimenta a engrenagem punitiva da mesma maneira no país, por isso nossos resultados devem ser assumidos com a cautela de um retrato localizado. Com essa ressalva sobre as limitações de nosso estudo, arriscamos uma tese para o debate sobre feminicídio: nomear para *apreender* é diferente de nomear para *punir*. É preciso organizar a morte violenta de mulheres por suas formas de opressão, e o feminicídio é uma categoria que denuncia o patriarcado e seus regimes de governo da vida. Mas nomear para *apreender* pode ser dissociado de demandas por ampliação dos castigos ou novas tipificações penais.

O feminicídio é uma expressão perversa do patriarcado, e a leniência do sistema no Distrito Federal parece não estar na punição, mas na investigação: uma em cada cinco mulheres vítimas de morte violenta tem suas histórias de violência ignoradas. Não sabemos nome ou rosto, endereço ou vínculos de muitas. Elas chegam como um cadáver, cuja cor e sexagem denunciam formas anteriores de precarização da vida. Passados três anos da morte, o corpo se mantém um cadáver para os mecanismos de justiça. É nesse encontro entre

cadáveres esquecidos e matadores punidos que os sentidos do conceito de feminicídio tal como proposto por Diana Russel nos anos 1970 se atualizam para nós. Se nomear é *apreender*, e se feminicídio é a matança de mulheres pelo regime político do gênero em um marco patriarcal de poder, feminicídio não descreve apenas a violência homicida dos homens da casa ou dos vínculos, mas toda morte violenta evitável de mulheres pelo regime do gênero. É assim que as mortes de mulheres pelo aborto ilegal são, também, feminicídio.

Se nomear é uma forma de apreender ou tornar inteligível a matança de mulheres como uma violência do gênero, a controvérsia é sobre as formas de reconhecer e proteger as mulheres segundo o novo registro classificatório. Apreensão, inteligibilidade e reconhecimento são operações diferentes do poder patriarcal. A mulher morta é algo dentro e fora do marco hegemônico de reconhecimento: ao morrer, é um laudo cadavérico, parte de uma estatística da violência matadora, por isso parte do marco; mas o reclame do feminicídio é pelo reconhecimento além do número – demanda o reconhecimento da matança pela ordem do gênero. O feminicídio qualifica a morte: é um corpo sexado como mulher e morto pela ordem do gênero.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher, de Vera Regina Pereira de Andrade – *RBCCrim* 48/260-290, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/575-602 (DTR\2004\822);
- Da privação dos sentidos à legítima defesa da honra: considerações sobre o direito e a violência contra as mulheres, de Andrea Borelli – *RBCCrim* 54/9 (DTR\2005\327);
- Deslocamentos semânticos e hibridismos: sobre os usos da noção de violência contra mulher, de Maria Filomena Gregori – *RBCCrim* 48/246, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/393 (DTR\2004\297);
- Justiça criminal e violência contra a mulher: o papel da justiça na solução dos conflitos de gêneros, de Wânia Pasinato Izumino – *RBCCrim* 18/147 (DTR\1997\154); e
- Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? Eis uma questão, de Wânia Pasinato Izumino – *RBCCrim* 70/321-360, Doutrinas Essenciais Família e Sucessões 1/777-809 (DTR\2008\732).

DINIZ, Debora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 225-239. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

Criminalidade de Empresa

Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial

Corporate liability
Symptoms and alternatives regarding the difficulty to impose criminal liability on individuals involved in criminal offenses committed in a corporate setting

Danilo Miranda Costa

Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Advogado.

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente estudo aborda os obstáculos à responsabilização penal das pessoas físicas por infrações penais cometidas no âmbito da atividade empresarial por meio de instrumentos clássicos do Direito Penal. Após analisar os sintomas que revelam a ilegítima improvisação do Direito Penal tradicional como meio de controle da criminalidade de empresa, pretende-se observar, a partir de experiência estrangeira, novos modelos de respostas à criminalidade econômica organizada que possam contribuir para a prevenção e repressão de infrações penais, sem que isso signifique a renúncia às garantias fundamentais do indivíduo.

Palavras-chave: Direito penal econômico – Criminalidade organizada – Associações criminosas – Criminalidade de empresa – Responsabilidade penal.

Abstract: The present study approaches the obstacles to criminal liability of individuals for criminal offenses committed in corporate activity through classical instruments of criminal law. After addressing the symptoms which reveal illegitimate improvisation of the traditional criminal law as means of corporate crime control, the study intends to observe, from foreign experience, new models of responses to corporate crime that shall contribute to the prevention and prosecution of criminal offenses without meaning the waiving of fundamental rights of individuals.

Keywords: Economic criminal law – Organized crime – Conspiracy – Corporate crime – Criminal liability.

Costa, Danilo Miranda. Criminalidade de Empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 243-277. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Criminalidade econômica organizada: 2.1 Do pretenso paradigma empresarial das organizações criminosas; 2.2 Da criminalidade de empresa; 2.3 O modelo tradicional de imputação penal – 3. Análise crítica dos meios de controle da criminalidade de empresa – 4. Considerações finais – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A criminalidade[1] econômica não é um fenômeno recente. Apesar de nunca ter recebido atenção tão significativa em outros momentos da história como nos dias atuais, a criminalidade econômica está constantemente atrelada à evolução em si e em direta vinculação com o modelo econômico adotado politicamente.

Muito embora o sistema penal sempre tenha tutelado bens de conteúdo econômico, referida tutela historicamente se restringia à esfera individual dos bens jurídicos, especialmente. Assim, as condutas lesivas ou que causassem perigo a esses bens receberiam imediata e severa resposta do poder punitivo estatal, no modelo tradicional de imputação historicamente consolidada no Direito Penal brasileiro.

Esse modelo, que tem como paradigma o caso clássico do homicídio doloso, pressupõe que um único autor disponha fundamentalmente de três capacidades: capacidade de realização de uma ação que gera o resultado pretendido, capacidade de compreensão da ilicitude do ato e capacidade de decisão. Com efeito, muitos dos ilícitos penais pertencentes à criminalidade cotidiana podem ser facilmente submetidos a esse modelo.

Contudo, a intervenção do Estado na atividade econômica, para assumir a sua nova função de Estado "dirigente", trouxe consigo a necessidade de criminalização de condutas até então inéditas. Nesse novo cenário, o conteúdo econômico do bem jurídico não ficou restrito a uma concepção patrimonial individual, mas cedeu espaço para uma concepção econômica supraindividual. A lesão ou a exposição a perigo destes bens jurídicos supraindividuais outorgou uma nova dimensão à criminalidade econômica.

O sistema penal passou, então, a se ocupar desses bens de caráter coletivo. A importância social do sistema financeiro, da ordem tributária, do sistema previdenciário, do meio ambiente, das relações de consumo, entre outras, pas-

1. Ex-aluno do Curso de Pós-graduação em Direito Penal Econômico, agraciado com a indicação ao Conselho Editorial, por conta da nota máxima atribuída ao trabalho científico pela Comissão Especial IBCCRIM-Coimbra.

COSTA, Danilo Miranda. Criminalidade de Empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 114, ano 23, p.

saram a ser consideradas fundamentais para a própria realização do indivíduo na sociedade.

Nesse contexto, observa-se a diversificação, bem como o crescimento, de atividades delitivas praticadas no curso da atividade econômica de grandes corporações empresárias.

Com efeito, as empresas, atualmente, constituem mais que meras facetas da atividade das pessoas jurídicas especialmente poderosas no terreno econômico, como eram no passado recente. Os grandes conglomerados econômicos, modernamente, assumiram feições altamente organizadas que, ainda que não constituídas inicialmente para a prática de delitos, valem-se de suas estruturas funcionais, de força econômica e política, para cometer crimes de grande repercussão.

Em relação a essa criminalidade, o poder punitivo – por diversas razões – tem dado uma resposta insatisfatória, um tratamento tolerante ou meramente simbólico. Em que pesem recentes experiências comparativas,[2] o ordenamento jurídico brasileiro ainda carece de um tratamento normativo e sistematizado aos delitos econômicos.

As razões para tanto poderiam ser logo destacadas: vão desde uma visão de política criminal que interroga a necessidade de intervenção do direito penal neste setor questionando a sua própria legitimidade, até a complexidade inata das questões econômicas, que demandam conhecimento de noções não jurídico-penais em sentido estrito. Este último aspecto pode ser demonstrado ao constatar a dificuldade da dogmática penal em estabelecer critérios delimitadores das condutas lesivas passíveis de inserção nesta espécie delitiva, bem como o de apurar a responsabilidade penal dessas infrações.

Isso porque o modelo tradicional de imputação – em que as três capacidades destacadas estão concentradas em uma única pessoa – não é capaz de dar conta de fenômenos complexos, ocorridos no âmbito de organizações hierárquica e funcionalmente estruturadas, nas quais a ação, o conhecimento e a ação se pulverizam.

Tem-se, portanto, que as ações tomadas no âmbito de um ente coletivo, como nas empresas, são, muitas vezes, de difícil averiguação e, especialmente no âmbito de instituições complexas, altamente diferenciadas e hierarquicamente organizadas em torno do princípio da divisão do trabalho, implicam complicações no momento de se delimitar uma imputação penal individual.

2. Vide o atual Código Penal espanhol, que estabelece no seu Título XIII os "Delitos contra el patrimônio y contra el orden socioeconómico", disponível em: [www.ub.edu/dpenal/CP_vigente_2013_01_17.pdf], último acesso em: 14.01.2014.

Isso porque, em tais estruturas organizacionais, um resultado lesivo a um bem jurídico geralmente é provocado pela ação conjunta de muitos sujeitos, de diversas posições hierárquicas e com um grau diferenciado de informação de forma que a prática delitiva, não raro, projeta-se a partir da empresa sem que seja possível identificar os participantes da ação e delimitar, nessa medida, a contribuição de cada um para o evento.

Em outras palavras, como é possível, sob a ótica do direito penal tradicional, apurar a responsabilidade penal de uma infração penal, cujo ato delitivo desdobra-se em inúmeras ações e envolvem inúmeros indivíduos em hierarquia?

Referidas condições representam verdadeiros obstáculos à imputação jurídico-penal no âmbito da criminalidade praticada no âmbito de pessoas jurídicas e inexoravelmente conduzem à sensação de impunidade em relação aos *white collar crimes*.[3]

O descompasso entre o modelo tradicional de responsabilização penal individual e certas características afeitas à criminalidade econômica torna fundamental o estudo profundo do tema, com o objetivo de buscar padrões de responsabilização penal individual que satisfaçam as novas necessidades do Direito Penal Econômico.

2. CRIMINALIDADE ECONÔMICA ORGANIZADA

Diante de uma perspectiva temporal, muito se discute acerca de ser a criminalidade organizada resultado de uma evolução de atividades criminosas verificadas desde os primórdios da humanidade ou, ao revés, um fenômeno recente, típico da sociedade contemporânea.

Se por um lado Herrero Herrero[4] ao presumir que a delinquência organizada existiu sempre, da mesma forma que existiu a atividade lícita organizada, sendo ambas a funções da tendência do homem em planejar tarefas, sobretudo quando trabalha em grupo, o mesmo autor ressalva que, nas sociedades contemporâneas, a delinquência organizada em sentido específico, ou qualitativamente organizada (em oposição à delinquência de baixo grau de organização,

3. Definição concebida por Edwin Sutherland, segundo a qual, referida espécie de crime "may be defined approximately as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation" (SUTHERLAND, Edwin Hardin. *White Collar Crime*. New York: Dryden Press, 1949, p. 9).

4. HERRERO HERRERO, César. *Criminologia*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 475

inerente, de alguma forma, a qualquer classe de delinquência coletiva ou associação delitiva), alcançou dimensão extremante vasta.

À primeira vista, ao se tentar formular – ou ao menos se delimitar – um vago conceito do fenômeno da criminalidade organizada, há de se atentar que, consoante aponta Günter Kaiser[5] de acordo com o ângulo que esta modalidade criminosa é analisada, as formas conceituais assumem diversos contornos e que uma eventual definição alcançada dificilmente se referirá ao acontecimento original.

Evidenciando, aliás, a dificuldade terminológica do assunto, é de se constatar que os termos *criminalidade organizada*, *crime organizado* e, por vezes, *organização criminosa* ora são utilizados como se sinônimos fossem, ora diferem, sem, contudo, restar evidente no que se basearia referida distinção semântica. Não é por outra razão, senão, que muitos autores revelam manifesta dificuldade em definir *organização criminosa*, concluindo, muitos, pela impossibilidade de ofertar um conceito apto a abarcar todos os significados que lhe seriam pertinentes.

Para Raúl Zaffaroni,[6] a criminalidade organizada é um fenômeno de mercado desorganizado ou não disciplinado, que se abre à disciplina produzida pela atividade empresarial lícita ou menos lícita. Não haveria, nesse sentido, um conceito que pudesse abranger o todo conjunto de atividades ilícitas que podem aproveitar a indisciplina do mercado e que, no geral, apareceriam mescladas ou confundida de forma indissolúvel com atividades lícitas. Disto conclui o autor que a conceituação da categoria do crime organizado é impossível e as tentativas são frustradas, pois constituem a pretensão (inalcançável) de prender em um conceito criminológico a dinâmica do mercado.

Longe de pretender buscar um único conceito apto a abarcar o fenômeno da criminalidade organizada, parte-se, portanto, como premissa para o desenvolvimento do presente trabalho, tratar-se esta de uma figura plurissubjetiva, hierarquicamente e funcionalmente estruturada.

Dessa forma, cabe destacar, desde logo, que não se está a fazer referência a qualquer pluralidade de agentes, nem a qualquer associação ilícita, da qual, aliás, o próprio conceito de *organização* encontra vasta distância: enquanto que em uma *associação* constata-se a simples pluralidade de agentes, em soli-

5. KAISER, Günter. *Introducción a la criminología*. 7. ed. Madrid: Dykinson, 1988, p. 225.

6. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos sediciosos – Crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996. vol. 1, p. 54.

dariedade, o termo *organização*, nas palavras de Ada Becchi, define-se como o "conjunto formalizado e hierarquizado de indivíduos integrados para garantir a cooperação e a coordenação dos membros para a perseguição de determinados escopos, ou seja, como uma entidade estruturada dotada de ideais explícitos, de uma estrutura formalizada e de um conjunto de regras concebidas para modelarem o comportamento em vista da realização daqueles objetivos".[7]

Não é outra, senão, a posição adotada por Mapelli Caffarena,[8] que estabelece uma diferenciação entre a criminalidade organizada e o que denomina *fenômenos associativos* na esfera criminal, cujos vestígios se perdem na história.

Distinguindo-se as duas categorias, infere-se que, sem dúvida, todas as investigações criminológicas coincidem em considerar a criminalidade organizada com um fenômeno característico da época atual.

No âmbito objetivo, assim, imprescindível que para a configuração de uma criminalidade organizada, preexista uma pluralidade de agentes. Ademais, enquanto segunda conclusão preliminar, estas pessoas necessitam estar, com liberdade de agir, associadas. Como consequência e premissa para o desenvolvimento da análise de uma eventual criminalidade econômica organizada, necessária, pois, para o reconhecimento de uma associação delitiva, a existência de vínculo psicológico a unir as atividades de indivíduos que agem em concurso.[9]

A criminalidade *econômica* organizada, por sua vez, enquanto fenômeno contemporâneo portanto, é consequência de um processo de globalização da economia e resultado de um fluxo relativamente livre de capitais por meio de sistemas informatizados. Em outras palavras, ainda nesta análise preliminar, as dimensões e as formas do que se pode chamar de criminalidade econômica, hoje, em nada se assemelham com aquilo que existia há mais que três décadas.

Os fenômenos do desenvolvimento econômico e da produção de riqueza, nas últimas décadas do século passado, aconteceram acompanhados pelo surpreendente incremento do *risco social*.[10] Se por um lado, a concentração eco-

7. BECCHI, Ada. *Criminalità organizzata: paradigmi e scenari delle organizzazioni mafioso in Itália*. Roma: Donzelli, 2000, p. 42, apud MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 9.

8. CAFFARENA, Borja Mapelli. Problemas de la ejecución penal frente a la criminalidade organizada. In: CONRADI, Fautisno Gutiérrez-alvis (org.). *La criminalidade organizada ante la justicia*. Sevilha: Universidad de Sevilla, 1996, p. 53-55.

9. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 298.

10. BECK, Ulrich, *La Sociedad Del Riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998, p.25.

nômica é fenômeno característico de nossa história recente, que passou a atingir elevado grau com o desenvolvimento tecnológico, os eventuais prejuízos ocasionados em razão do desconhecimento da configuração estrutural e dos valores conformadores do mercado econômico são avassaladores.

A despeito de não ser possível, diante das variadas formas de manifestação e de relacionamento com mercado econômico que a criminalidade econômica organizada apresenta, precisar-se de maneira uniforme um objeto comum a todos os reflexos desse fenômeno, a criminalidade econômica organizada tem constituído justificativa para a edição de normas emergenciais cuja redação potencializa, no âmbito das práticas punitivas, o desmonte da estrutura de garantias arduamente conquistadas. A frequente utilização tipos penais de perigo abstrato, a possibilidade da aplicação de responsabilidade penal objetiva, o aumento das penas aos crimes tradicionais agora associados à denominada criminalidade organizada, mas principalmente a ruptura com as garantias processuais, remetem à maximização do sistema policialesco retomando a estrutura inquisitiva dos modelos penais antiliberais.

O abuso dessas disposições, que naturalmente já são extremamente prejudiciais no âmbito da criminalidade tradicional, que visa a tutelar bens jurídicos restritos à esfera individual e, a desse modo, responsabilizar os infratores do ordenamento jurídico, são ainda mais avassaladoras na área para qual elas não foram originalmente pensadas: a criminalidade *econômica* organizada.

Assim, conforme aponta René Ariel, "tem sido frequente a orientação do Ministério Público, federal e estadual, de agregar o tipo do art. 288, CP, ao lado da atribuição de determinados ilícitos de autoria coletiva. Nos chamados crimes societários e, em particular nas hipóteses típicas da Lei 7.492/1986 e da Lei 8.137/1990, o acusador parte do pressuposto factual de que o número de quatro ou mais pessoas (diretores, gerentes etc.) por si mesmo é suficiente para a caracterização de um grave delito contra a paz pública. Como é notório, o impacto social provocado pela criminalidade organizada nos grandes centros urbanos dos últimos anos, envolvendo o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins, a atuação dos grupos de extermínio e as chacinas, além de outros eventos similares de violência e terror, provocam o sentimento coletivo de insegurança".[11]

Não obstante, muito embora, recentemente, a Lei Federal 12.850, de 02.08.2013, tenha definido, no ordenamento brasileiro, organização criminosa pela "associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e

11. DOTTI, René Ariel. Um bando de denúncias por quadrilha. *Boletim IBCCrim.* n. 174. a. 15. p. 6-8. maio 2007, p. 6.

COSTA, Danilo Miranda. Criminalidade de Empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 114. ano 23. p. 243-277. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional",[12] sabe-se que referida definição está longe de delimitar, com precisão, o fenômeno.

Pelo contrário, tem redação que, à primeira vista, dá margem ao entendimento de que os crimes cometidos no âmbito da atividade empresarial, sempre que objetivem obter direta ou indiretamente vantagem de *qualquer natureza* e que seja apenados com penas máximas superiores a 4 (quatro) anos, sempre serão praticados por organizações criminosas, dada a natureza estruturalmente ordenada das empresas, que se caracterizam pela divisão de tarefas.

A habitual imputação cumulativa de crimes relativos às associações criminosas aos crimes cometidos no âmbito da atividade empresarial, como forma de abusiva expansão da aplicação de sanção penal e de medidas processuais restritivas a direitos fundamentais, é sintoma do despreparo do Direito Penal tradicional às dificuldades de se delimitar a responsabilidade penal do indivíduo no âmbito da criminalidade econômica organizada.

2.1 Do pretenso paradigma empresarial das organizações criminosas

Dentre as várias concepções sobre a constituição e a estrutura do crime organizado e das organizações criminosas, profícuo se torna o exame aprofundado do modelo empresarial, em prol da obtenção de maiores subsídios para contrapô-lo à criminalidade econômica organizada e demonstrar, assim, que a utilização de medidas aos primeiros previstas habitualmente evidencia improvisação ao controle da criminalidade econômica.

Sustenta Dwight Smith,[13] sob prisma reducionista, que o crime organizado não passaria de uma projeção da lógica das operações normais do mundo de

12. BRASIL, Lei Federal 12.850, de 02.08.2013, que Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal); revoga a Lei 9.034, de 03.05.1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05.08.2013. Art. 1.º, § 1.º.

13. SMITH, Dwight C. *Paragons, Pariahs, and Pirates: A Spectrum-Based Theory of Enterprise, Crime & Delinquency*. [s.n.], 1980, 358-386 apud FERRO, Ana Luiza Almeida. Reflexões sobre o crime organizado e as organizações criminosas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Direito penal empresarial, crime organizado, extradição e terrorismo*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. VI.

negócios no universo do mercado ilegal, representando uma atividade empresarial que sucede de ser ilícita e estando fundado sobre o mesmo princípio básico regente do empreendedorismo no mercado legítimo, ou seja, a necessidade de conservação e ampliação da porção de mercado detida.

Por sua vez, Edemundo Oliveira Filho[14] considera a estrutura e o funcionamento de uma organização criminosa assemelhados ao modelo empresarial. Nesta medida, ele distingue cinco setores na estrutura da última, seguindo uma concepção piramidal: centro de comando, o centro de inteligência, coordenação e controle, unidades operacionais e unidades periféricas.

Sob a visão sociológica de Guaracy Mingardi,[15] o crime organizado adotaria dois modelos, o tradicional e o empresarial. O crime organizado tradicionalmente consistiria em um agrupamento voltado para atividades ilícitas e clandestinas, havendo divisão de todo o trabalho e o lucro obtido na atividade. Seria possuidor de certa clientela e obteria, mediante a intimidação ou corrupção, o silêncio de suas testemunhas. Já a criminalidade organizada de modo empresarial teria abandonado o conceito de honra, lealdade e obrigação, tendo sua estrutura semelhante à sociedade empresária.

Compartilhando do mesmo pensamento suprarreferido, o autor suíço Jean Ziegler[16] sustenta que enquanto o crime organizado adquire o seu capital de forma ilegal e faz com que ele se prolifere da mesma maneira, utilizando-se de métodos criminosos. Segundo o autor, quando se fala em criminalidade empresária com seu capital advindo de empresa industrial, comércio, terrenos e de demais formas de aquisição ou sucessão de bens e direitos, só haveria criminalidade quando esse patrimônio se encontrasse ameaçado. Portanto, essas empresas utilizar-se-iam de meios ilegais para fugir de uma crise e de uma possível dilapidação do patrimônio.

De maneira diversa, Marcelo Mendroni expõe a distinção entre a organização criminosa e organização criminosa econômica aduzindo que "embora ambas as formas sejam suficientemente organizadas a ponto de se denominarem empresas criminosas",[17] diferenças restariam especialmente no fato de que as segundas se notabilizariam pela prática específica de "crimes econômicos",

14. OLIVEIRA FILHO, Edemundo Dias. *O vácuo do poder e o crime organizado. Brasil, início do século XXI*. Goiânia: AB, 2002.

15. MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCrim, 1998.

16. ZIEGLER, Jean. *Os senhores do crime: as novas máfias contra a democracia*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2003.

17. MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 118.

como fraudes diversas, sonegações fiscais e formação de cartéis - e outros, sem ou quase sem a prática de violência, mas, em revés, com maior incidência de crimes de corrupção em vez de formas criminosas de intimidações, ameaças, sequestros e homicídios.

Esse paralelo entre crimes cometidos no seio das atividades empresariais e aqueles cometidos pelas organizações criminosas, mercê dos traços comuns do modelo empresarial das organizações criminosas e do fim constante do lucro, é usual na doutrina.

Klaus Tiedemann[18] observa que, na realidade, a maior parte dos delitos dos negócios ou socioeconômicos são cometidos com ajuda de uma empresa e o crime organizado se serve da maior parte das instituições da vida econômica: estabelecimentos financeiros, sociedades de exportação ou de importação etc.

De maneira semelhante, Ana Isabel Pérez Cepeda[19] alerta que a acumulação econômica tem se convertido na origem de novas e específicas formas de criminalidade organizada, que ultrapassa fronteiras dos Estados Nacionais criando, por sua vez, maiores oportunidades para regularizar benefícios ilícitos, razão pela qual cada vez mais seria frequente que a criminalidade organizada entrasse no sistema econômico, comportando-se como um autêntico ator econômico.

Miguel Reale Júnior também observa uma nova forma de associação, que não se constituem para a realização de delitos, mas que usam sua elevada capacidade organizacional para abusar do poder econômico ou político que detêm, vindo a afrontar a ordem econômica e a Administração Pública, visando à obtenção de vultosos benefícios. Assim, "ao inverso das associações criminosas tradicionais, que vivem para a prática de delitos para ao depois buscar fontes de legitimação de seus rendimentos, os grandes conglomerados têm finalidade lícita ou aparentemente lícita, e transbordam para atividades ilícitas no afã de maiores lucros, sempre estimulados ou acobertados pelo poder econômico ou político que possuem".[20]

---

18. TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado. Trad. Diego Iniesta. *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*. Castelló de la Plana: Publicaciones de la Universitat Jaume I, 1997. p.28.

19. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*. n. 9. Sevilla: Publicación semestral de CISSPRAXIS S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo Olvide, 2002, Portal Iberoamericano de Derecho Penal: [www.uclm.es/idp]. p. 106.

20. REALE JÚNIOR, Miguel. Crime organizado e crime econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 13. p. 182. jan.-mar. 1996. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René

Anthony Walsh e Craig Hemmens, após ressaltarem que a criminologia tem especial dificuldade em definir o que seria a criminalidade organizada e como ela se distinguiria, ou não, empresarial, resumem que "corporate crime is 'organized crime' in some senses (corporations are organized, and when their members commit illegal acts they are engaging in crime), but there are major differences. Corporate criminals are created from the opportunities available to them in companies organized around doing legitimate business, whereas members of organized crime must be accomplished criminals before they enter groups organized around creating criminal opportunities. Thus, the former make a crime out of business and the latter make a business out of crime".[21]

Para além do aspecto formal da organização criminosa, em sua perspectiva empresarial, e das empresas se utilizarem de uma estrutura hierárquica para alcançarem o objetivo, comum, de lucro, a frequente aproximação entre a atividade empresarial da atuação das organizações criminosas aponta perigosa lacuna do Direito Penal Econômico e desafia a jurisprudência.

Além disso, o próprio dinamismo da economia de mercado com regras claras de atuação dos agentes econômicos, fundamentada na livre concorrência, tem propiciado o surgimento de novas formas de delinquência econômica praticáveis através de uma empresa. Não é por outra razão que, atualmente, a criminologia contemporânea tem concentrado suas reflexões no estudo da chamada *corporate crime*, constituída pelos delitos cometidos pela empresa no exercício da atividade econômica.

Vasta corrente doutrinária persegue inclusive a tendência de denominar os chamados delitos econômicos de delitos de empresa.[22] Tal nomenclatura, todavia, parece imprecisa, tendo em vista que os sujeitos ativos dos delitos econômicos não se resumem às empresas. De outro lado, é imperioso esclarecer também que os delitos cometidos pelas empresas não se restringem aos de natureza econômica.

De certo, o tema da criminalidade econômica organizada e dos crimes praticados no exercício da atividade empresarial requer distinção entre a existência,

---

Ariel. *Direito penal econômico e da empresa: direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. II., p. 537.

21. HEMMENS, Craig; WALSH, Anthony. *Introduction to criminology*. Sage Publication: Thousands Oaks, 1941. p. 511-512.

22. Nesse sentido: RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. *Revista dos Tribunais*. vol. 775. p. 432. maio 2000. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Direito penal econômico e da empresa: direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. II.

consoante análise feita por Inês Fernandes Godinho,[23] da criminalidade na empresa, a criminalidade de empresa e a empresa ilícita.

A primeira decorre dos crimes cometidos por colaboradores de uma empresa contra ela própria ou em prejuízo de terceiros por meio de ações alheias à estrutura da empresa. Referida conduta seria avessa à estrutura empresarial, bem como aos interesses da companhia.

A criminalidade de empresa, por sua vez, caracterizar-se-ia pela "inserção de condutas ilícitas no contexto de uma actividade de uma política de empresa no restante lícita"[24] e que são cometidos no interesse da empresa.

Por derradeiro, a empresa ilícita, nesta análise, seria entendida como empresa "heterodirigida por uma estrutura criminal a ela submetida".[25] Esta, segundo a autora, dependendo das circunstâncias concretas do caso – como o nível de hierarquização e a sofisticação dos instrumentos utilizados para a prática delitiva – poderia caracterizar uma organização criminosa. O lucro almejado, nesta última hipótese, seria obtido essencialmente por meios ilícitos.

Cada uma dessas situações, considerando suas peculiaridades, deveria receber uma resposta específica e um tratamento adequado pelo ordenamento jurídico. O que se tem visto, contudo, é a identificação automática da criminalidade de empresa com a empresa ilícita.

2.2 Da criminalidade de empresa

Na doutrina alemã, o fenômeno da criminalidade de empresa é traduzido pela expressão *Unternehmenskriminalität*. Cabe destacar, desde já, que mesmo a definição germânica desse fenômeno é muito abrangente. Para Bernd Schünemann,[26] designa todo o âmbito dos delitos econômicos, no qual, a partir da atuação de uma empresa, se lesionam bens jurídicos e interesses externos, incluídos os interesses próprios dos colaboradores da empresa.

---

23. FERNANDES GODINHO, Inês. A actuação em nome de outrem em direito penal económico: entre a narrativa e a dogmática ou o outro lado do espelho. In: COSTA, José de Faria (coord.). *Temas de direito penal económico*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 203-249.
24. Idem, p. 205.
25. Idem, ibidem.
26. SCHÜNEMANN, Bernd. *Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación*. Trad. Beatriz Spínola Tártalo e Mariana Sacher, ADPCP. Madrid: Imprenta Nacional del Boletin del Estado, 2002. vol. LV. p. 787.

À partida, analisa-se a prática de ilicitudes desenvolvida por uma empresa, que atua normalmente dentro do respeito ao ordenamento jurídico. Nesse cenário, a prática de atividades ilícitas pode ocorrer esporadicamente, ou mesmo de maneira planejada, resultantes de seus atos comerciais.

Assim, como bem expõe Eduardo Demetrio Crespo, "como es sabido, la *criminalidad empresarial* se caracteriza por algunas peculiaridades en el modo de realización delictiva, tales como la *división funcional del trabajo* en el plano horizontal, y *la jerarquía* en el plano vertical. En este sentido, los problemas de autoría y participación que se presentam no sólo afectan a los delitos socioeconómicos en sentido estricto, sino que son comunes a otras infracciones, en las que intervienen estructuras organizadas de personas".[27]

A organização de uma grande empresa supõe a descentralização da informação e da tomada de decisões para levar a cabo, de maneira conjunta, as diversas engrenagens da produção industrial. Essa divisão de papéis pode se dar numa perspectiva *horizontal*, menos comum, quando todos estão na mesma categoria funcional, ou *vertical*, quando as categorias são diferentes.[28] É justamente essa organização peculiar que permite o funcionamento das empresas.

Não se pretende negar, assim, que a estrutura empresarial possa, eventualmente, ser usada para a prática de outros crimes econômicos mais sofisticados e complexos. Com efeito, no seio da empresa, um dirigente ou mesmo um órgão diretivo de sua administração, decide realizar uma ou várias práticas delitivas complexas, sem, contudo, intervir posteriormente em sua execução. Destaca-se que, para além de não praticar atos de execução propriamente ditos, o empresário tampouco induz a erro – de tipo ou de proibição – seu funcionário. Trata-se, portanto, de uma ordem ou de um comando do dirigente da empresa a um funcionário intermediário, que faz chegar a instrução ao agente imediato – também funcionário – que, embora possivelmente possam caracterizar crime, as executa.

Na medida em que não se pode conceber a ação individual como ato isolado, mas como parte de uma perspectiva de ação coletiva, a criminalidade de

27. CRESPO, Eduardo Demetrio. Sobre la posición de garante del empresário por la no avitacón de delitos cometidos sus empleados. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Direito penal empresarial, crime organizado, extradição e terrorismo*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. VI. p. 26.

28. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal. *Delincuencia organizada*. Huelva: Universidad de Huelva Publicaciones, 1999. p. 207.

empresa passa a produzir "problemas específicos de imputação jurídico-penal, sobretudo pela divisão, típica na empresa, de responsabilidade e ação".[29]

Dessa forma, tem-se que se as atividades empresariais realizam-se através de um complexo organograma, no qual predominam a divisão de funções no plano horizontal e a relação hierárquica no plano vertical, é razoável que não se pode imputar a responsabilidade por referidos atos apenas no último elo da cadeia, na fase executiva, deixando de lado as condutas diretivas.

Os obstáculos à imputação jurídico-penal da responsabilidade nas infrações penais cometidas no âmbito de uma atividade empresarial, contudo, não justificam a adoção de medidas eminentemente emergenciais e a aplicação de disposições concernentes às associações criminosas e organizações criminosas.

Isso porque, se por um lado, os crimes cometidos no âmbito empresarial respeitam a estrutura e a forma de trabalho escalonada ou hierárquica, assim como também supostamente ocorre com as organizações criminosas ou associações criminosas, a criminalidade decorrente da atividade empresarial se diferencia destas pela finalidade da associação das pessoas.

Apenas restringindo-se à legislação em vigor, interessa destacar que o Código Civil de 2002, em seu art. 966, define como empresário aquele que "exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços".[30] Não obstante, prevê, em seu art. 981, o contrato de sociedade como aquele no qual, reciprocamente, as pessoas obrigam-se "a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados".[31]

Pois bem, dentre as diversas manifestações de associação, será sociedade empresária aquela que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário: exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Posto isso, em relação à unidade do ordenamento jurídico, Claus Roxin bem destaca que as autorizações ou previsões de outros ramos do Direito têm, no mínimo, a consequência de que excluírem em todos os casos e circunstâncias a antijuridicidade de uma conduta típica.

---

29. SCHÜNEMANN, Bernd. *Responsabilidad penal em el marco...* p. 789.

30. BRASIL. Lei Federal 10.406, de 10.01.2002, que institui o código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 11.01.2002.

31. Idem.

Nesse sentido, afirma que "seria uma contradição axiológica insuportável, e contradiria ademais a subsidiariedade do Direito penal com recurso extremo da política social, que uma conduta autorizada em qualquer campo do Direito fosse, não obstante, castigada penalmente. Nesse aspecto, há de se reconhecer, por conseguinte, a tão invocada "unidade do ordenamento jurídico" que abarca todas as normas vigentes no território federal independentemente do órgão criador das normas, tal qual o princípio de que as causas de justificação relevantes em Direito Penal procedem de todo o âmbito do ordenamento jurídico".[32]

Isso implica dizer que é lícita, em nosso, ordenamento jurídico a associação de várias pessoas para o exercício da atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. A demonstrar que é, portanto, como atividade lícita que se deve encarar, *a priori*, a sociedade empresária.

Quando se observam os crimes cometidos no âmbito da atividade empresária, praticados, de fato, por pessoas físicas atuando em seu contexto e em seu benefício, a natureza dessa associação distingue-se da reunião para a prática de crimes. Pelo contrário, a gênese da associação empresária se faz, em regra, para a prática de atividades econômicas lícitas na forma autorizada e prevista em lei.

Conforme afirma Fernando Antônio C. Alves de Souza, "dúvida não há da existência de empresas ilícitas, sociedades empresárias formadas para a prática de crimes, geralmente econômicos, nas quais a obtenção do lucro se faz por meios criminosos. Pode-se suceder, ainda, que a sociedade empresária tenha gênese lícita, associando-se as pessoas para finalidades legítimas, mas tenha se desvirtuado e passado a atuar exclusivamente como empresa ilícita, desviando-se totalmente dos objetivos originários e transformando-se numa associação exclusivamente voltada para a prática de crimes".[33] Nesta hipótese, a incidência de disposições concernentes às associações criminosas, bem como às denominadas organizações criminosas, ainda que ambas sejam alvo de severas críticas, poderia ser condizente, visto que o objetivo de praticar delitos é motivo de união de pessoas.

O que se deve ter em mente, por outro lado, é que não constitui associação criminosa ou organização criminosa, seja em seu modelo tradicional ou

32. ROXIN, Claus. *Autoria y domínio del hecho em derecho penal*. Trad. da 6. ed. alemã por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1994. p. 570.

33. SOUZA, Fernando Antônio C. Alves. O caso Daslu: criminalidade de empresa, quadrilha ou organização criminosa? Disponível em: [www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100325120059.pdf]. (último acesso em: 17.01.2014).

empresarial, a prática de crimes cometidos por uma associação de pessoas no exercício da atividade econômica lícita.

Do exposto percebe-se que, dada a dificuldade em punirem-se os possíveis delitos cometidos no âmbito da atividade empresarial, nos moldes tradicionais de imputação, opta-se, ilegalmente, por combater a criminalidade econômica punindo-se a associação empresária ao equipará-la ora às associações criminosas, ora às organizações criminosas, sem que – e esta é diferença fundamental – a união das pessoas tenha se dado para a prática dos delitos.

A par de revelar abusiva improvisação do direito penal, a inadequada confusão entre as hipóteses, de certo, leva a questionar, por um lado, a capacidade da dogmática para resolver problemas práticos de direito penal econômico e empresarial, por outro, a relação entre dogmática e política criminal para o controle à criminalidade de empresa.

Melhor dizendo, no que se fere ao primeiro aspecto, resta evidente que, apesar dos esforços vertidos pela doutrina penal em delimitar a responsabilidade penal no âmbito da empresa, os resultados práticos certamente seguem insatisfatórios. Por outro, "no se puede afirmar que uma determinada solución a um problema penal debe sostenerse porque es politico-criminalmente conveniente, oportuna, o necessária, si aparece como dogmaticamente inaceptable."[34]

Os delitos econômicos apresentam, além de um complexo conceito criminológico, uma série de obstáculos comuns que dificultam a efetivação do *persecutio criminis*: a grande complexidade que se apresentam os fatos objetos de investigação judicial, as dificuldades tanto jurídica como econômica da matéria, a ausência de especialistas para fazer frente a esta complexidade e, ainda, a insuficiente assistência judicial nas relações internacionais.

Não é motivo de espanto, desse modo, que as medidas já tradicionais da dogmática penal e da política criminal para o controle da criminalidade econômica, além de não resultarem efeitos concretos, revelem-se manifestadamente ilegais, uma vez que a criminalidade de empresa, não encontrou no Brasil, até hoje, campo para seu adequado desenvolvimento e aplicação.

2.3 O modelo tradicional de imputação penal

Consoante destacado anteriormente, o protagonismo crescente da criminalidade de empresa vem sendo considerado um obstáculo significativo à atuação do sistema jurídico na prevenção e punição de tais infrações que, não raro,

34. CRESPO, Eduardo Demetrio. Op. cit., p. 27.

COSTA, Danilo Miranda. Criminalidade de Empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 114, ano 23, p.

passam a ser alvo de, nas palavras de Heloísa Estellita, "medidas ilegais e geralmente abusivas".[35]

Tomados os sintomas, que revelam a ilegítima improvisação do Direito Penal tradicional como meio de controle da criminalidade de empresa, necessário se faz expor que o modelo de responsabilidade penal, por partir tradicionalmente de uma estrutura de imputação individual calcada no conceito restrito de autoria e participação, é o principal desafio a ser superado para que seja possível atribuir responsabilidade penal pelas infrações cometidas no âmbito de entes coletivos.

Em verdade, como lembra Mannheim,[36] a participação de duas ou mais pessoas na prática do crime é tão antiga quanto o próprio crime. Desta sorte, a parceria genética de qualquer agrupamento delituoso parte, desde logo, de uma distinção normativa de autores e cúmplices.

Não é por outra razão que o Código Criminal do Império do Brasil, publicado em 16.12.1830, já dispunha de uma distinção de entre autores e cúmplices, bem como duas agravantes e uma atenuante, atreladas ao concurso de agentes. Sob a influência do Código Francês de 1810 e do Código de Baviera de 1813, a lei criminal definia autor como o criminoso que comete, constrange ou manda alguém cometer crimes.[37] A cumplicidade, por sua vez, em geral, se dava a "todos os demais que directamente concorrerem para se cometter crimes".[38]

Ao examinar as disposições atinentes ao concurso de pessoas no Código Criminal, Roberto Lyra[39] considerou o cuidado que a lei teve ao distinguir o *autor* do *cúmplice*, bem como de apontar a diferença entre autoria moral e material. Adotou-se, com isso, a posição de igualdade entre o autor intelectual e o executor do crime.

O modelo instituído ao concurso de pessoas permaneceu preservado no Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, publicado em 11.09.1890, que dispunha de minuciosa descrição da autoria e da cumplici-

35. ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 14.

36. MANNHEIM, Herman. *Criminologia comparada*. Trad. J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, sem data. vol. II, p. 953.

37. BRASIL. Lei de 16.12.1830. Manda Executar o Código Criminal. CLBR. Rio de Janeiro, 1830. Art. 4.º.

38. Idem. Art. 5.º.

39. LYRA, Roberto. *Direito Penal: parte geral*,vol.1. Rio de Janeiro: Liv. Jacintho, 1936, p.399-400.

dade, tendo sido somente superado com o advento do Código Penal de 1940, que, ao compatibilizar o concurso de agentes à teoria da equivalência das condições, atinente ao nexo causal, consagrou o tratamento parificador entre autores e partícipes.

Ao modificar-se a mal denominada *coautoria*,[40] a tradição legislativa pátria sobre o concurso de agentes foi, certamente, interrompida, adotando-se, por sua vez, a teoria monística do concurso de pessoas,[41] sob o fundamento de que o crime seria sempre único e indivisível, tanto no caso da unidade de autoria, quanto no de coparticipação. Considerou-se que se o crime é incindível, do ponto de vista material ou técnico, também o seria do ponto de vista jurídico.

Nessa medida, dispunha peremptoriamente o art. 25 do Código Penal em sua redação original: "quem de qualquer modo concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas".[42]

A aparente rigidez no esquema, de subordinação do concurso de agentes ao nexo de causalidade, contudo, viu-se enfraquecida com a inclusão de, entre as circunstâncias atenuantes, da participação de menos importância,[43] bem assim diante da diminuição de pena, fundada na intenção de participar de crime menos grave.[44]

Na intenção de amainar a radical submissão à causalidade, o Código Penal de 1969, publicado em 21.10.1969, cuja vigência foi postergada por diversas vezes até ser revogado pela Lei 6.578/1978, em 11.10.1978, ao repetir o *caput* do art. 25 do diploma legal anterior, acrescentou-lhe o parágrafo primeiro que previa que "a punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade".[45]

Reconhecia-se, desta sorte, que a unificação de todas as formas de participação e autoria era, a rigor, incompatível com um direito penal da culpa e que

40. Cf. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 14.

41. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 295.

42. BRASIL. Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 (redação original), que institui o Código Penal. *Diário Oficial*. Rio de Janeiro, 31.12.1940, retificado em 03.01.1941. Art. 48, parágrafo único.

43. Idem. Art. 48, II.

44. Idem. Art. 48, parágrafo único.

45. BRASIL. Dec.-lei 1.004, de 21.10.1969, que institui o Código Penal. *Diário Oficial* de 21.10.1969. Art. 25, parágrafo primeiro.

COSTA, Danilo Miranda. Criminalidade de Empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p.

o sistema unitário, que se adotava por razões de política criminal, não poderia ser adotado em sua inteireza. Todavia, afirmar que a culpabilidade exerceria a função de diretriz à função jurisdicional não significava a certeza de se diferenciarem as posições de autor e partícipe, nem mesmo afastava os riscos que a equivalência de condições trazia no exame do concurso de pessoas.[46]

Os trabalhos de reforma do Código Penal, nos anos de 1980, acompanhando o movimento de reconhecimento das liberdades individuais, que promoveu a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, afastaram o Código Penal de uma teoria puramente unitária do concurso de pessoas.

Quanto o retorno à diferenciação, no concurso de pessoas, previsto nas origens do Código Criminal do Império, explica Miguel Reale Júnior, que "esta remissão à legislação e aos doutrinadores do passado justifica-se, pois por essa via demonstra-se que quando se atende o real, acolhendo a distinção entre autores e cúmplices, sem a amarra identificadora da equivalência das condições, transplantada do nexo de causalidade para a relação entre agente e a ação coletiva, passa-se a ter como dado fundamental da codelinquência o acordo de vontade e visando a um fim comum, do qual participam autor e cúmplice, devendo cada qual responder na medida de sua culpabilidade" [47].

Consagrando, enfim, as figuras de *autor* e *partícipe*, bem como substituindo a nomenclatura imprecisa da *coautoria* pelo *concurso de pessoas*, o art. 29 do Código Penal, dispôs que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".[48]

Em que pese o referido dispositivo legal expressamente ter adotado o conceito monístico da autoria penal, no qual não há clara diferenciação entre autor e partícipe, respondendo cada qual dos *concorrentes*, na medida de sua culpabilidade, há de se destacar três vertentes que persistiram em cindir os conceitos de *autor* e *partícipe*.

---

46. Cf. SILVEIRA, Onésimo. Do concurso de agentes em face do Anteprojeto do Código Penal. *Ciclo de Conferências Sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro. Instituto Latino de Criminologia. Secretaria de Justiça e Negócios do Interior do Estado de São Paulo.* São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965. p. 299.

47. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal.* Rio de Janeiro: Saraiva, 2002. vol. 1, p. 315.

48. BRASIL. Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940, que institui o Código Penal, na redação dada pela Lei Federal 7.209, de11.07.1984, que altera dispositivos do Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal, e dá outras providências. Brasília, *Diário Oficial* de 13.07.1984.

Seria possível, assim, para parcela da doutrina distinguir o *autor* do *partícipe* conforme o aspecto exterior dos respectivos comportamentos, ou seja, em adequação à conduta, levando esta à se estabelecer simetricamente lógico-formalmente ao conceito gramatical do tipo penal. Nesta visão formal-objetiva, *autor* seria somente aquele que executa a conduta constante no verbo núcleo do tipo.

A segunda vertente, de viés subjetivista, parte de uma análise do dolo em concreto para depreender uma específica vontade de ser *autor* (*animus auctoris*) – que permitiria diferenciá-lo do *partícipe*, que somente agiu com *animus socci*. Em outra variante, recorre-se ao critério de interesse, segundo o qual a vontade do *autor* se identifica com o interesse na execução do delito. O ponto de partida dessa concepção subjetiva de autoria é a teoria da equivalência dos antecedentes, em cujo contexto não cabe distinção alguma entre causas e condições.

Por fim, a terceira posição adotada, doutrinariamente preferida, é representada pela teoria material-objetiva, tratando-se de sinonímia da *teoria do domínio sobre o fato punível*. Nesta concepção, é *autor* aquele quem detém o *domínio do fato*, sendo que *o partícipe* apenas adere ao domínio do fato de outrem com a finalidade de moralmente ou instrumentalmente levar a cabo a sua acessoriedade de conduta delitiva.

Nesse sentido, a autoria da infração penal, embora decorra do poder de decisão sobre a realização da conduta, seria indispensável que fique demonstrado que quem detém posição de comando efetivamente determinou a prática da ação, sendo irrelevante, portanto, a *mera* posição hierárquica superior.

Prevalece, portanto, o entendimento de que o autor não é só o agente que executa a ação típica, como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal.

3. ANÁLISE CRÍTICA DOS MEIOS DE CONTROLE DA CRIMINALIDADE DE EMPRESA

Do exposto, verifica-se que o modelo tradicional de responsabilidade penal brasileiro sempre esteve fundamentalmente orientado com base um sistema de culpa própria e de imputação individualizada, consagrada na parte geral de nosso Código Penal, que reúne nos autores da infração três componentes fundamentais de responsabilização: ação, decisão e conhecimento.

Mesmo em se adotando a *teoria do domínio sobre o fato punível*, o autor necessariamente detém o domínio sobre a realização de uma ação, a capacidade de compreensão de ilicitude e a capacidade de decisão sobre o fato.

COSTA, Danilo Miranda. Criminalidade de Empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p.

Contudo, em ambientes empresariais hierarquicamente e funcionalmente estruturados, estas capacidades não estão condensadas em uma única pessoa, ou apenas em algumas. De forma esquemática, Bernd Schünemann[49] aponta a distribuição dessas capacidades nos diferentes setores da organização coletiva.

Nesse sentido, em uma empresa, seria frequente que a ação fosse executada por setores inferiores da estrutura empresarial que não dispõem da compreensão da eventual ilicitude de seus atos, nem da capacidade de decidir se eles serão ou não executados e que, muitas vezes, nem sequer se dão conta das consequências de sua atuação.

Os setores intermediários da empresa, por sua vez, poderiam dispor de uma capacidade relativa da ilicitude dos atos realizados pelos setores abaixo, mas não possuiriam nem a capacidade de decidir se o ato deve ou não ser realizado, nem a competência para sua execução.

Por fim, os setores superiores da empresa, em que pese disporem da capacidade de decidir pela execução da ação, não participariam diretamente dela, e nem sempre seriam capazes de reconhecer a ilicitude do ato.

Nesse cenário, o administrador ou funcionário da pessoa jurídica só poderia responder criminalmente em razão de sua ação ou omissão, quando a omissão for imputável, em condutas tipicamente ilícitas e na medida de sua culpabilidade.

No âmbito do processo penal, conforme aduz Marta Machado, "esta regra se desdobra na necessidade de que as condutas sejam bem descritas e particularizadas já no momento da dedução da acusação[50]" e, como cediço, "que a condenação seja expressão da verificação da culpa individual do acusado".[51]

---

49. SCHÜNEMANN, Bernd. Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht. In: *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts* Madrid- Symposium für Klaus Tiedemann. Berlim: Carl Heymanns, 1994, p. 272 apud MACHADO, Marta. Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas: uma contribuição para o debate público brasileiro. *Revista Jurídica*. vol. 11. n. 94. jun.-set. 2009. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil. Disponível em: [www4.planalto.gov.br/revistajuridica/] (último acesso em: 21.01.2014), p. 06-07.

50. BRASIL. Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941, que institui o Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 13.10.1941, retificado em 24.10.1941. Art. 41 do Código de Processo Penal que assim dispõe: "a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".

51. MACHADO, Marta. Op. cit., p. 13-14.

Tendo isso em vista, um estudo empírico desenvolvido, coordenado por Marta Machado e Viviane Muller Prado, com o apoio da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, a partir de acórdãos proferidos pelos Tribunais Superiores, julgados entre 2005 e 2007, sobre o tema da responsabilidade de administradores de empresas,[52] revelou a predominância de decisões que determinam o encerramento da ação penal com base em falta de prova de autoria ou ausência de individualização da conduta.

A respeito do cristalino déficit de responsabilização decorrente do sistema de imputação individual, já em 1963, Claus Roxin ensinava que "debemos antecipar que somos conscientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como los que aqui se analizan, no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual De onde se deduce que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global. Pero ello no nos exime la obligación de considerar los comportamientos de los intervinientes a título individual en tales hechos también desde la perspectiva dogmática del delito individual, con arreglo a cuyos presupuestos los juzgan predominantemente nuestros Tribunales".[53]

Verifica-se que, para a delimitação e a consequente sistematização do delito econômico, faz-se necessário o emprego de novas perspectivas criminológicas e processuais para a identificação da autoria de condutas que ultrapassem a perspectiva individual clássica do *domínio do fato*.

Para superar essas dificuldades, Roxin desenvolveu a *teoria do domínio da vontade em virtude de aparatos de poder organizados*, fundamentada em três elementos que, segundo o jurista alemão, fundamentariam a *autoria mediata*, capaz de responsabilizar penalmente "el hombre de atrás" ainda que o executor do delito seja igualmente responsável.

Já à época, a distinção entre autoria moral e material do delito, respaldada pela cuja *teoria subjetiva do domínio do fato* (*animus auctoris*), era amplamente aceita pela jurisprudência alemã: admitia-se, em posição de igualdade, a responsabilidade penal do autor intelectual e do executor do crime.

Pretendia-se, de certo modo, ampliar o espectro da *teoria do domínio do fato* para atender as particularidades dos delitos cometidos no âmbito de organiza-

52. Cf. MACHADO, Marta; MÜLLER, Viviane et al. Responsabilidade dos administradores de sociedades empresariais na jurisprudência do STJ e STF. *Cadernos Direito GV*, 2009.

53. ROXIN, Claus. *Autoria y domínio*... cit., p. 268.

COSTA, Danilo Miranda. Criminalidade de Empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p.

ções e fundamentar a responsabilidade penal dos indivíduos hierarquicamente superiores ao executor do delito.

Assim, como ponto de partida, Roxin apontava o *domínio da organização* como elemento essencial à configuração dessa autoria mediata. Mais que mero induzimento ao crime, portanto, as ordens emanadas pelo indivíduo a seus subordinados, para que pratiquem ações típicas, o tornam autor mediato dessas, sendo irrelevante que atue por iniciativa própria ou por ordens de outras instâncias superiores. Pois, segundo o autor, para a caracterização de sua autoria, basta que, com domínio de vontade, dirija parte da organização a ele submetida ao cometimento de ilícitos.

Um segundo fator decisivo para o estabelecimento da autoria mediata seria a *fungibilidade do executor*. Desta sorte, o executor imediato, ainda que penalmente responsável, apresenta-se como uma figura anônima e plenamente substituível do aparato de poder e, sob essa perspectiva, o autor mediato é peça fundamental para o sucesso da prática delitiva.

Por fim, para Roxin, a autoria mediata decorre da atuação dos aparatos do poder *à margem do Direito*. Esse terceiro elemento apontado, nesse sentido, restringiria o âmbito da referida teoria aos crimes cometidos "en el marco de los movimentos clandestino, organizaciones secretas, bandas criminales y grupos similares"[54].

Isso porque, nas suas palavras, "de la estructura del dominio de la organización se deduce que éste solo puede existir donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el pode de voluntad del sujeto detrás." [55]

Em que pese, ante o exposto, a *teoria do domínio da vontade em virtude de aparatos de poder organizados* fundamentar-se na atuação à margem do Direito das organizações, possibilitando, assim, o surgimento de um ordenamento jurídico independente; não raro, o Supremo Tribunal Alemão (*B.G.H.*) aplicou a autoria mediata renunciando-se ao terceiro elemento da teoria jurídica, bem como asseverando que essa construção poderia também ser utilizada no âmbito da empresa.

54. Idem, p. 275.

55. Idem, ibidem.

Esta posição, de fato, como alerta Bernd Schünemann,[56] é reflexo de uma reconhecida tendência na legislação, jurisprudência e doutrina, em imputar a responsabilidade penal o máximo possível *hacia arriba*, imputando a autoria do delito incialmente às pessoas envolvidas no órgão diretiva da entidade, para, em um segundo momento, imputá-la aos órgãos executores.

Assim, como bem pondera Francisco Muñoz Conde, "en estos supuestos se habla de 'criminalidad organizada', un fenómeno característico de nuestra moderna sociedad que todavía hoy no ha sido claramente delimitado ni definido con precisión ni por la Criminología, ni por el Derecho penal. Una aplicación de la técnica de Roxin a tales organizaciones sin una comprobación estricta de sus presupuestos puede llevar a una peligrosa ampliación de los límites de la penalidad o a un concepto unitario de autor en que cualquier cabecilla o miembro de la organización podría ser condenado por un delito singular cometido por uno de ellos".[57]

Referida ampliação dos limites da penalidade, refletida na jurisprudência pátria em aceitar acusações genéricas em crimes societários, parece compatível com a fórmula estabelecida pelo art. 29 do Código Penal, que imputa responsabilidade penal a qualquer indivíduo que de "qualquer modo concorre para o crime".[58]

Todavia, ainda que essa solução seja, sob o ponto de vista puramente político-criminal, prática e popular, deve-se, cuidadosamente, analisar sua compatibilidade com os princípios fundamentais do Direito Penal e, dessa sorte, ser encarada com máxima precaução.

Isso porque não raro, conforme argumenta Hugo de Brito Machado, que "em se tratando de crimes ocorridos no âmbito de empresas, adotam a responsabilidade penal objetiva, ou ainda, o que é mais grave, adotam a responsabilidade penal por fato de outrem".[59]

---

56. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Responsabilidad penal...* cit.

57. MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad em virtude de aparatos de poder organizados em organizaciones "no desvinculadas al derecho"? *Revista Penal*. n. 6. Sevilla: Publicación semestral de CISSPRAXIS S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo Olvide, sem data. Portal Iberoamericano de Derecho Penal: [www.uclm.es/idp], p. 104-114, p.110-111.

58. BRASIL. Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940, que institui o Código Penal, na redação dada pela Lei Federal 7.209, de 11.07.1984, que altera dispositivos do Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal, e dá outras providências. Brasília, *Diário Oficial* de 13.07.1984.

59. MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. In: ESTELLITA, Heloisa (coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 121.

Como o exposto, a criminalidade de empresa diferencia-se essencialmente das organizações criminosas e das associações criminosas porque, desde o princípio, a associação das pessoas se dá para a prática de atividade econômica lícita e, portanto, não poderiam atuar à margem do Direito, ainda que ocorresse a prática de condutas ilícitas.

Nesse sentido, conforme leciona Francisco Muñoz Conde, "naturalmente que estas grandes empresas se diferencian de las organizaciones mafiosas y criminales porque, desde un principio, no están al margen del Derecho. Pero actualmente en muchos sectores como evasión de impuestos, estafas de crédito y de inversión, polución medioambiental, financiación ilegal de partidos políticos, blanqueo de capitales, abuso de información privilegiada etc., es cada vez más difícil señalar dónde están los límites de una estrategia de mercado legal y otras actitudes de carácter criminal."[60]

Ainda que inexista expressivamente um mútuo acordo entre os indivíduos inseridos no aparato de poder organizado, nos casos em referência, a estreita vinculação estabelecida, no seio da empresa, entre os órgãos superiores e os órgãos executores parece validar uma *coautoria mediata.*

Como bem expõe Bernd Schünemann, "(...) para la autoría mediata por utlización de un aparato organizado de poder se debería exigir una supremacía considerable del hombre de detrás y, por eso, no sólo, como Roxin, que la organización se aparte del Derecho, sino también que se base en el concepto de 'aparato de poder'. De lo contrario, por ejemplo, en una organización que invierte en la financiación criminal de partidos políticos en un Estado de Derecho, se aceptaría un dominio del hecho superior del hombre detrás, lo que no sería justo por la posibilidad que en ese caso tiene en todo momento el hombre de delante de no aceptar las pretensiones injustas que se formulan. Por eso (...), considero incorrecta la admisión de la autoría mediata de un órgano directivo de una empresa que está detrás de un órgano de ejecución que actúa de modo plenamente delictivo. En su lugar, considero apropiada la admisión de una coautoría si y porque el principal, por un lado, tiene una posición de garante (...), y, por otro, llega a poseer un control tan intenso sobre el hecho por su contribución activa adicional que sus aportaciones, aisladamente calificables de inducción y participación omisiva, unidas sólo pueden abarcarse adecuadamente por la pena de la coautoría".[61]

60. MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 112.

61. SCHÜNEMANN, Bernd. *Responsabilidad penal...* cit., p. 19.

Ainda assim, a resposta clássica do Direito Penal para a responsabilização dos crimes cometidos no âmbito da atividade empresarial pressupõe o elemento subjetivo: a culpabilidade do agente. No que se refere a decisões colegiadas, comuns nos órgãos diretivos de sociedades empresárias, a comprovação da culpabilidade do "hombre de trás" gera novas dificuldades.

Enquanto proposta de solução, a *teoria do incremento do risco* defendida por Roxin e Schünemann,[62] há de se questionar se o comportamento conforme o dever haveria de reduzir o risco da produção do resultado tão notavelmente que o correspondente deveria se qualificar *ex post* como medida apropriada para a proteção de determinado bem jurídico.

Sob essa ótica, é comum afirmar-se que os administradores, diretores, fiscais ou gerentes, mesmo que integrem órgãos colegiados, seriam sempre penalmente culpáveis, pois teriam "o dever de impedir o desvio da atividade econômica da empresa ou sociedade".[63] Ao se omitirem nesse dever, assumiriam o risco de que o resultado acontecesse ou dariam causa, por culpa, à superveniência do resultado.

Ainda que assim se entenda, há de se atentar que os órgãos de direção de uma organização, em numerosos casos, na medida em que só recebem uma pequena fração das informações que em si não são necessárias, carecem da possibilidade de adotar uma decisão realmente posta à prova e elaborada e, por isso, frequentemente atuam como instrumentos de *management* intermediário, de quem recebem unicamente informações previamente selecionadas e desse modo manipuladas, sem assim perceberem.

Dessa sorte, ainda que houvesse um dever-geral de cautela dos sócios-administradores, a responsabilidade penal alcançaria somente aqueles diretores que, de fato, detinham pleno conhecimento e poderiam agir para impedir o resultado danoso.

Muito embora qualquer posição categórica adotada seja, de certo, precipitada, vislumbra-se que as inovações oferecidas pela *coautoria mediata* e a responsabilidade penal decorrente da *infração de dever de cautela* adequam-se, cada qual, às peculiaridades do Direito Penal Econômico e, inegavelmente, contribuem para a responsabilização dos crimes cometidos no âmbito da ativi-

62. Idem, p. 21.

63. FRONTINI, Paulo Salvador. Crime econômico por meio da empresa; relevância da omissão casual. *Revista de Direito Mercantil, RDM* 5/41, 1972. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Direito penal econômico e da empresa: direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. II, p. 225.

COSTA, Danilo Miranda. Criminalidade de Empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p.

dade empresarial sem que, com isso, sejam abandonados princípios e garantias próprias ao Estado Democrático de Direito.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As primeiras linhas dessas considerações finais devem considerar que a *criminalidade organizada* é um fenômeno que se manifesta mediante as mais variadas atividades criminosas. A despeito de não ser possível, no atual estágio da criminologia, precisar-se de maneira uniforme um objeto comum a todos os reflexos desse fenômeno, o que, por certo, dificulta sobremaneira a demarcação de um conceito completo relativo a essas associações criminosas. Por um lado, se não há homogeneidade doutrinária no tocante à sua delimitação conceitual, a sua importância, a complexidade de sua estrutura e a ingente necessidade de controle efetivo são indiscutíveis.

Com efeito, a *criminalidade econômica organizada,* intrinsecamente relacionada aos avanços tecnológicos e científicos provenientes do processo de globalização, é, certamente, um dos mais complexos temas do Direito Penal contemporâneo. Não há dúvidas, por outro lado que, além de concentrar fenômeno contemporâneo, ainda reclama de aperfeiçoamento da legislação penal para sua repressão.

Constata-se, nessa medida, que a *criminalidade econômica organizada,* i.e., *criminalidade de empresa*, caracteriza-se por algumas peculiaridades na prática delitiva, como a divisão funcional do trabalho, no plano horizontal, e a imposição de uma hierarquia, no plano vertical, características comuns às denominadas *organizações criminosas.*

Todavia, do desenvolvimento do presente estudo, conclui-se, desde logo, que as possíveis espécies de criminalidade organizada não se confundem. Ainda assim, o equivocado paralelo criado entre crimes cometidos no seio das atividades empresariais e aqueles cometidos pelas organizações criminosas, mercê dos traços comuns do modelo empresarial das organizações criminosas e do fim constante do lucro, é usual na doutrina.

Em que pese a maior parte dos delitos econômicos, *latu senso*, seja cometida por empresas, em regra, as sociedades empresárias têm finalidade lícita, prevista e autorizada em lei: atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços. Afirmar isso não é dizer que a associação dos indivíduos, de forma organizada, tenha se dado para o cometimento dos referidos crimes.

Admite-se que empresas ilícitas possam eventualmente ensejar a incidência de disposições concernentes às associações criminosas ou organizações

COSTA, Danilo Miranda. Criminalidade de Empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 114. ano 23. p. 243-277. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

criminosas, visto que o objetivo, em tese, de praticar delitos é motivo de união de pessoas.

O que se deve ter em mente, por outro lado, é que não constitui uma associação criminosa, tampouco organização criminosa, a associação de pessoas que, no exercício da atividade econômica lícita, pratique condutas delitivas.

A par de revelar abusiva improvisação do direito penal, a inadequada confusão entre as associações, de certo, decorre da incapacidade da dogmática penal brasileira a atender problemas práticos apresentados pelo interesse político-criminal.

Do exposto, resta evidente que, apesar dos esforços vertidos pela doutrina penal em delimitar a responsabilidade penal no âmbito da empresa, os resultados práticos certamente seguem insatisfatórios. Dada a dificuldade em punirem-se os possíveis delitos cometidos no âmbito da atividade empresarial, nos moldes tradicionais de imputação, opta-se por combater a *criminalidade econômica* punindo-se a associação empresária ao equipará-la ora às associações criminosas, ora às organizações criminosas, no intuito de antecipar-se a tutela penal ao punir-se, de maneira flagrantemente ilegal, a mera associação de pessoas.

Com efeito, verifica-se que, para a delimitação e a consequente sistematização do delito econômico, torna-se necessário empregar novas perspectivas criminológicas e processuais para a identificação da autoria de condutas que ultrapassem a perspectiva individual clássica do *domínio do fato*.

Para tanto, as novas respostas do Direito Penal Econômico que, dentre as muitas, foram, no curso do trabalho, brevemente abordadas, a saber, a *teoria do domínio da vontade em virtude de aparatos de poder organizados*, de Claus Roxin, e sua nova perspectiva, enquanto *coautoria mediata,* e a *teoria do incremento do risco*, de Bernd Schünemann, que se reflete na responsabilização penal por decorrência de *infração de dever*; são inovações que, ainda que não resolvam plenamente a questão, atentam para as peculiaridades da *criminalidade de empresa* e, portanto, consubstanciam importantes avanços nesse campo de estudo de Direito Penal.

Com isso, reafirma-se que o Direito Penal não tem apenas um caráter limitativo, no sentido negativo e proibitivo, mas também um caráter prospectivo, no sentido de concretizar ou efetivar os valores e normas da Constituição, e a aplicação desses novos elementos, de certo, antes de satisfazer interesses político-criminais, deve servir de instrumento às garantias fundamentais do indivíduo.

COSTA, Danilo Miranda. Criminalidade de Empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 243-277. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

5. REFERÊNCIAS

– *Referências bibliográficas*

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BECK, Ulrich, *La Sociedad Del Riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998.

BORGES, Paulo César Corrêa. *O crime organizado*. São Paulo: Unesp, 2002.

BUENO, Paulo Eduardo. Crimes empresariais. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. n. 14. ano 3. p. 31-38. 2002.

CAFFARENA, Borja Mapelli. Problemas de la ejecución penal frente a la criminalidade organizada. In: CONRADI, Fautisno Gutiérrez-alvis (org.). *La criminalidade organizada ante la justicia*. Sevilha: Universidad de Sevilla, 1996.

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. Organizações criminosas no direito penal brasileiro: o estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 24. p. 99-124. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1998.

CORTELLA, Ana Carolina Rocha. *O automatismo da imputação do delito descrito no art. 288 do Código Penal nos crimes cometidos contra o sistema financeiro nacional*. Artigo científico apresentado no Programa de Educação Continuada e Especialização da GVlaw, São Paulo, 2006.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Sobre la posición de garante del empresário por la no avitacón de delitos cometidos sus empleados. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Direito penal empresarial, crime organizado, extradição e terrorismo*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. VI.

DEL VALLE, Carlos Pérez. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique (dir.). *Curso de derecho penal económico*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

DITTICIO, Mario Henrique. Parte Especial. Capítulo IV – Das contravenções referentes à paz pública – arts. 39-42. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 183-186.

DOTTI, René Ariel. Um bando de denúncias por quadrilha. *Boletim IBCCrim*. n. 174. a. 15. p. 6-8. maio 2007.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. *Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____ (coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001.

FERNANDES GODINHO, Inês. A actuação em nome de outrem em direito penal económico: entre a narrativa e a dogmática ou o outro lado do espelho. In: COSTA, José de Faria (coord.). *Temas de direito penal económico*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 203-205, p. 203-249.

FERRO, Ana Luiza Almeida. Reflexões sobre o crime organizado e as organizações criminosas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Direito penal empresarial, crime organizado, extradição e terrorismo*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. VI.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 71. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2008.

FOFFANI, Luigi. Criminalidad organizada y criminalidad económica: la experiencia italiana. *Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*. vol. 1. n. 1. p. 287-326. 2001.

FRAGOSO, Heleno Fragoso. *Lições de direito penal: parte especial*. 1. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro, 1990.

FRONTINI, Paulo Salvador. Crime econômico por meio da empresa; relevância da omissão casual. *Revista de Direito Mercantil, RDM* 5/41, 1972. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Direito penal econômico e da empresa: direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. II.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Infiltración policial y "agente encubierto"*. Granada: Comares, 2001.

GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève. La risposte penale contre les organisations criminelles em droit français. In: MANACORDA, Stephano (coord.). *L'infraction d'organisation criminelle em Europe* (allemagne – Espagne – France – Italie – Union Européenne). Paris: PUF, 2002.

GOMES, José Carlos. Estrutura das organizações criminosas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 22. p. 125-129. São Paulo: Ed. RT, 1998.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.0341995) e político criminal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O crime organizado e as garantias processuais. *Boletim IBCCrim*. n. 21. p. 8. São Paulo, set. 1994.

HEMMENS, Craig; WALSH, Anthony. *Introduction to criminology*. Sage Publication: Thousands Oaks, 1941.

HERRERO HERRERO, César. *Criminologia*. Madrid: Dykinson, 1997.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. Criminalidad organizada y delincuencia economica: aproximación a su incidência global. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín. *El nuevo derecho pena español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muniz*. Pamplona: Aranzadi, 2001

KAISER, Günter. *Introducción a la criminología*. 7. ed. Madrid: Dykinson, 1988.

LEAL, João José. A impropriedade jurídica do tratamento legal diferenciado aos crimes de quadrilha, associação e organização criminosa: análise dos arts. 8.º da Lei dos Crimes Hediondos e 10 da Lei de Tóxicos. *Revista Jurídica*. n. 320. p. 94. jun, 2004.

LYRA, Roberto. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Liv. Jacintho, 1936. vol. 1.

MACHADO, Marta Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas: uma contribuição para o debate público brasileiro. *Revista Jurídica*. vol. 11. n. 94. jun.-set. 2009. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil. Disponível em: [www4.planalto.gov.br/revistajuridica/] (último acesso em: 21.01.2014).

_____; MÜLLER, Viviane et al. Responsabilidade dos administradores de sociedades empresariais na jurisprudência do STJ e STF. *Cadernos Direito GV*, 2009.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *O estado desorganizado contra o crime organizado: anotações à Lei Federal 9.034/95 (organizações criminosas)*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1997.

MALAMUD GOTI, Jaime. *Política criminal de la empresa: cuestiones – alternativas*. Buenos Aires: Hammurabi, 1983.

MANNHEIM, Herman. *Criminologia comparada*. Trad. J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, sem data. vol. II.

MARTÍN, Adán Nieto. *Autoria y participación em el derecho penal económico*, 2002. Disponível no Portal Iberoamericano de Derecho Penal: [www.uclm.es/idp].

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad em virtude de aparatos de poder organizados em organizaciones "no desvinculadas al derecho"? *Revista Penal*. n. 6. Sevilla: Publicación semestral de CISSPRAXIS S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo Olvide, sem data. Portal Iberoamericano de Derecho Penal: [www.uclm.es/idp], p. 104-114.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

OLIVEIRA FILHO, Edemundo Dias. *O vácuo do poder e o crime organizado. Brasil, início do século XXI*. Goiânia: AB, 2002.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *La omisión impropia en la dogmática alemana: una exposición*. ADPCP. Madrid: Imprenta Nacional del Boletin del Estado, 1997. vol. V

PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Classe dos crimes: por ordem systematica*. 3. ed. Lisboa: Impressão Regia, 1830.

COSTA, Danilo Miranda. Criminalidade de Empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 243-277. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*. n. 9. Sevilla: Publicación semestral de CISSPRAXIS S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo Olvide, 2002, Portal Iberoamericano de Derecho Penal: [www.uclm.es/idp].

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____. *Organização criminosa: nova perspectiva do tipo legal*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 3.

REALE JÚNIOR, Miguel. Cartel. Crime de quadrilha ou bando: *bis in idem*. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. vol. 5. ano 3. p. 131-143. 2006.

_____. Crime organizado e crime econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 13. p. 182. jan.-mar. 1996. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Direito penal econômico e da empresa: direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. II.

_____. *Direito penal aplicado*. São Paulo: Ed. RT, 1992.

_____. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002. vol. 1.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. *Revista dos Tribunais*. vol. 775. p. 432 maio 2000. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Direito penal econômico e da empresa: direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. II.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução da 2. ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Autoria y domínio del hecho en derecho penal*. Trad. da 6. ed. alemã por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1994.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal das corporações e criminalidade moderna*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino. Crime organizado. In: BONATO, Gilson (org.). Direito penal e direito processual penal: uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001

SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. Trad. Daniela Brückner e Juan Antonio Lascurain Sánchez, ADPCP. Madrid: Imprenta Nacional del Boletin del Estado, 1998. vol. XLI

_____. *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Trad. Beatriz Spínola Tartalo y Margarita Valle Mariscal de Gante. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácito, 2004.

_____. *Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación*. Trad. Beatriz Spínola Tártalo e Mariana Sacher, ADPCP. Madrid: Imprenta Nacional del Boletin del Estado, 2002. vol. LV.

SEQUEIRA, Carlos Antonio Guimarães de. Crime organizado: aspectos nacionais e internacionais. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Direito penal empresarial, crime organizado, extradição e terrorismo*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. VI.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. La risposte penale contre les organisations criminelles em droit spagnol. In: MANACORDA, Stephano (coord.). *L'infraction d'organisation criminelle em Europe* (allemagne – Espagne – France – Italie – Union Européenne). Paris: PUF, 2002.

SILVEIRA, José Braz. *A proteção à testemunha & crime organizado no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005

SILVEIRA, Onésimo. Do concurso de agentes em face do Anteprojeto do Código Penal. *Ciclo de Conferências Sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro. Instituto Latino de Criminologia. Secretaria de Justiça e Negócios do Interior do Estado de São Paulo*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Do atual desvirtuamento da imputação do crime de quadrilha ou bando na realidade brasileira. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. vol. 21. p. 216-225. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2008.

SMITH, Dwight C. *Paragons, Pariahs, and Pirates: A Spectrum-Based Theory of Enterprise, Crime & Delinquency*. [s.n.], 1980.

SOUZA, Fernando Antônio C. Alves. O caso Daslu: criminalidade de empresa, quadrilha ou organização criminosa? Disponível em: [www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100325120059.pdf]. (último acesso em: 17.01.2014).

SUTHERLAND, Edwin Hardin. *White Collar Crime*. New York: Dryden Press, 1949.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado. Trad. Diego Iniesta. *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*. Castelló de la Plana: Publicaciones de la Universistat Jaume I, 1997.

_____. Poder económico y delito. *Introducción al derecho penal económico y de la empresa*. Barcelona: Ariel, 1985.

TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. *Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos sediciosos – Crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996. vol. 1.

_____. Globalización y sistema penal em America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 20. p. 18. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1997.

ZIEGLER, Jean. *Os senhores do crime: as novas máfias contra a democracia*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2003.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal. *Delincuencia organizada*. Huelva: Universidad de Huelva Publicaciones, 1999.

– *Referências legislativas*

BRASIL. Lei de 16.12.1830. Manda Executar o Código Criminal. CLBR. Rio de Janeiro, 1830.

_____. Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 (redação original), que institui o Código Penal. *Diário Oficial*. Rio de Janeiro, 31.12.1940, retificado em 03.01.1941.

_____. Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941, que institui o Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 13.10.1941, retificado em 24.10.1941.

_____. Dec.-lei 1.004, de 21.10.1969, que institui o Código Penal. *Diário Oficial* de 21.10.1969.

_____. Lei Federal 7.209, de 11.07.1984, que altera dispositivos do Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 13.07.1984.

_____. Lei Federal 10.406, de 10.01.2002, que institui o código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 11.01.2002.

_____. Lei Federal 12.850, de 02.08.2013, que Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal); revoga a Lei 9.034, de 03.05.1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05.08.2013.

ESPANHA. Código Penal. Aprobado por LO 10/1995, de 23/11; corrección de errores BOE 02.03.1996. Disponível em: [www.ub.edu/dpenal/CP_vigente_2013_01_17.pdf] (último acesso em: 14.01.2014).

COSTA, Danilo Miranda. Criminalidade de Empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A nova lei anticorrupção e o *compliance*, de Marcella Blok - *RDB* 65/263-318 (DTR\2014\15162);
- *Criminal compliance* e as novas feições do direito penal econômico, de Luciano Anderson de Souza e Regina Cirino Alves Ferreira - *RDB* 59/281 (DTR\2013\2552);
- *Criminal compliance*: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal, de Carla Rahal Benedetti - *RDB* 59/303 (DTR\2013\2555);
- *Criminal compliance*: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro, de Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz - *RDB* 56/293 (DTR\2012\44739); e
- O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas, de Carlos Gómez-Jara Díez, trad. por Carolina de Freitas Paladino e Natália de Campos Grey - *RBCCrim* 100/415 (DTR\2013\412).

COSTA, Danilo Miranda. Criminalidade de Empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 243-277. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira

The criminal procedure applied to white-collar crimes

Diogo Malan

Doutor em Processo Penal pela USP. Professor Adjunto de Processo Penal da FND/UFRJ. Advogado.

Área do Direito: Processual; Penal; Financeiro e Econômico

Resumo: Estudo sobre algumas peculiaridades do Processo Penal aplicado à criminalidade econômico-financeira, nas perspectivas dogmática, normativa, político-criminal (*Law in books*) e das práticas e procedimentos cotidianos das agências do poder punitivo (*Law in action*).

Palavras-chave: Criminalidade econômico-financeira - Processo penal - Métodos ocultos de investigação.

Abstract: Study on some peculiarities of the criminal prosecution of white-collar crimes, on the scholarly, normative, criminal policy (*Law in books*) and everyday practices and proceedings of law enforcement agencies (*Law in action*) perspectives.

Keywords: White-collar crime - Criminal procedure - Surveillance techniques.

Sumário: 1. Introdução - 2. Características do Processo Penal aplicado à criminalidade econômico-financeira: Descodificação - 3. Segue: *Déficit* legislativo - 4. Segue: Política criminal simbólica - 5. Segue: Investigação preliminar de banda larga - 6. Segue: Emprego maciço de métodos ocultos de investigação - 7. Segue: Duplo binário - 8. Segue: Especialização de Varas - 9. Segue: Abuso do poder de acusar - 10. Segue: Facilitação do ônus da prova subjetivo do acusador - 11. Segue: Prova tecnocrática e subsequente limitação prática (de fato) da liberdade de valoração probatória pelo Juiz - 12. Segue: Auxílio direto - 13. Segue: Baixo grau de densidade constitucional e convencional - 14. Conclusão - 15. Bibliografia.

1. Introdução

O singelo objetivo do presente estudo é apontar algumas peculiaridades da persecução penal da chamada criminalidade econômico-financeira.

Malan, Diogo. Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 279-320. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

Tal empreitada se revela oportuna, tendo em vista: *(a)* a enorme dificuldade em atingir, especialmente na seara dessa criminalidade econômico-financeira, a desejável *concordância prática* – na expressão de Jorge de Figueiredo Dias[1] – entre as duas finalidades antitéticas do Direito Processual Penal: eficácia na realização da justiça e proteção dos direitos fundamentais do cidadão; *(b)* a distância (muitas vezes abissal) que separa a doutrina processual penal (*Law in books*) das práticas e procedimentos adotados pelo sistema de administração da justiça criminal na persecução desse tipo de criminalidade (*Law in action*).

Por questões de limitação de espaço e tempo, não se pretende fazer estudo dogmático sistemático, mas somente apontar quais são as principais diferenças entre a persecução da criminalidade de massas (ou tradicional) e da criminalidade econômico-financeira (ou do colarinho branco).

Não obstante, é imprescindível *enunciar* a premissa político-criminal que norteará este estudo.

Trata-se da ideia de que o Direito Processual Penal é ramo do saber jurídico estruturado teórico-conceitualmente como um *conjunto de técnicas de controle racional* das práticas e procedimentos persecutórios do Estado.

Assim, a sua função precípua é funcionar como *dique de contenção* do poder punitivo, filtrando somente as práticas e procedimentos persecutórios que sejam estritamente *constitucionais*, *convencionais*, *legais* e *racionais*.

O Juiz criminal no Estado Democrático de Direito tem o papel de *filtrar* de modo implacável as pretensões, práticas e procedimentos persecutórios do Estado, impedindo aqueles que não sejam claramente *constitucionais, convencionais, legais e racionais*. Para desempenhar essa importante função o Magistrado dispõe da dogmática do Direito Processual Penal.[2]

Se, ao invés, tal julgador resolve se investir no papel de *agente catalisador do poder punitivo*, atuando como *combatente* da criminalidade econômico-financeira e suprimindo garantias do acusado, ocorre grau tão intenso de degeneração estrutural do Direito Processual Penal que este se reduz a *formas neoinquisitivas de autotutela do poder punitivo*, características do Estado de Polícia.

Vale dizer: o sacrifício das garantias do acusado no altar da defesa social contra a criminalidade econômico-financeira enseja verdadeiro *simulacro*

1. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O novo Código de Processo Penal. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*. n. 369. p. 05-23. Lisboa, 1987.

2. BATISTA, Nilo. A criminalização da advocacia. *Revista de Estudos Criminais*. n. 20. p. 85-91. Porto Alegre, out.-dez. 2005.

neoinquisitivo de Processo Penal, o qual é instrumentalizado como meio de combate ao acusado.

Assim, o enfoque deste estudo é circunscrito a apontar alguns aspectos característicos da criminalidade econômico-financeira, principalmente na dinâmica das práticas e procedimentos adotados pelas agências do poder punitivo no curso da persecução penal.

Para tanto, far-se-á imprescindível recorte epistemológico, excludente do estudo sistematizado de todos os aspectos dogmáticos de cada instituto processual penal específico mencionado.

Antes de ingressar no ponto fulcral do presente estudo, cabe breve palavra acerca da problemática da suposta *autonomia científica* do Direito Processual Penal aplicado à criminalidade econômico-financeira.

Em outras palavras: trata-se de saber se – à semelhança do que é defendido por abalizada corrente doutrinária na esfera do Direito Penal – seria possível falar-se em um *Direito Processual Penal Econômico*, enquanto ramo do saber jurídico *cientificamente autônomo* com relação ao Direito Processual Penal aplicado à criminalidade de massas.

Questão preliminar seria saber se o modelo tradicional de Processo Penal é adequado às necessidades práticas da persecução da criminalidade econômico-financeira contemporânea, ou se é necessário criar subsistema processual penal específico para a persecução da sobredita criminalidade.

Daniel Pastor sustenta a inadequação desse modelo tradicional – vocacionado à persecução dos conflitos sociais de menor importância e baixa complexidade fática – e a consequente necessidade de reformulação estrutural do sistema de investigação preliminar e das funções processuais desempenhadas pelo Ministério Público.

Assim, esse autor portenho defende a criação subsistema processual penal específico para crimes econômico-financeiros, no qual haveria mitigação do *princípio da oficialidade* da ação penal.

Ou seja: o Ministério Público seria substituído, conforme o caso, por órgão da Administração Pública (dedicado à regulação do setor econômico respectivo, detecção e subsequente notícia da infração penal) ou entidade não governamental (voltada à defesa dos bens ou interesses coletivos afetados pelo crime), os quais são mais capacitados para preparar, formular e conduzir a imputação penal.[3]

3. PASTOR, Daniel. ¿Es conveniente la aplicación del proceso penal "convencional" a los delitos "no convencionales"? In: MAIER, Julio (org.). *Delitos no convencionales*. Buenos Aires: Del Puerto, 1994. p. 269-301.

Os juristas argentinos Gustavo Arocena e Fabián Balcarce, em instigante obra destinada a esboçar as bases da Teoria Geral do Processo Penal aplicado à criminalidade econômico-financeira, sustentam que tal ramo do saber jurídico já atingiu *grau significativo de autonomia.* [4]

Para tanto, eles acenam com três níveis distintos de *autonomia*: *(a) legislativa*: decorre da profusão de normas atinentes a crimes de natureza econômico-financeira, tratando quer de organização judiciária (v.g. criação de Varas Criminais especializadas), quer de matéria processual propriamente dita; *(b) científica*: ensejada por conjunto de princípios próprios (v.g. *especialização judicial*; *prova técnica*; *restrição da imediação no Juízo oral* etc.); *(c) acadêmica*: oriunda da criação de programas de extensão e Pós-Graduação voltados para o ensino e pesquisa do Direito Penal Econômico e seus reflexos no campo processual. [5]

Tais autores arrolam diversos princípios que formarão as bases de uma Teoria Geral do Processo Penal Econômico, dentre os quais avultam os seguintes: *(a) organicidade*: necessidade de unificação dos critérios de política criminal atinentes ao tema do processo penal econômico; *(b) epistemologia diferenciada*: existência de novos princípios, por vezes antagônicos em relação àqueles pertencentes ao Processo Penal tradicional; *(c) independência acadêmica*: exigência de reformulação da matriz curricular jurídica, com a criação de disciplina específica dedicada à matéria em exame; *(d) regulação específica*: necessidade de nova configuração do modelo processual penal, à luz dos novos matizes científicos trazidos pelo Direito Penal Econômico; *(e) prova tecnocrática*: prevalência do meio de prova pericial sobre o testemunhal; *(f) expansão da teoria da ação penal pública*: condicionamento frequente da ação penal de conhecimento condenatória à instância administrativa etc. [6]

Nada obstante, o Direito Processual Penal incidente sobre a criminalidade em digressão ainda haure seu *arcabouço de princípios*, *metodologia* e *objeto de estudo* do seu ramo tradicional (aplicável à criminalidade de massas).

Portanto, nossa opinião é tendente à conclusão de que por ora inexiste grau de evolução acadêmica, científica e legislativa que justifique a *autonomia* do chamado *Direito Processual Penal Econômico,* em relação ao Processo Penal tradicional.

---

4. AROCENA, Gustavo; BALCARCE, Fabián. *Derecho penal económico procesal: Lineamientos para la construcción de una teoría general*. Buenos Aires: Ediar, 2009.
5. Idem, p. 19 e ss.
6. Idem, p. 111 e ss.

Essa constatação não impede a criação de subsistema processual penal específico para a criminalidade econômico-financeira, nem que a evolução científica do Direito Processual Penal futuramente permita atingir semelhante grau de autonomia.

De toda sorte, é absolutamente certa a *assimetria* ora existente entre a expansão do Direito Penal Econômico – notadamente quanto à profusão de leis instituindo novas figuras delitivas – e o subdesenvolvimento do Direito Processual Penal aplicável a essa crescente constelação de normas penais incriminadoras.

Portanto, o Processo Penal brasileiro remanesce até hoje carecedor de subsistema específico, contendo institutos e procedimentos adequados para a persecução e comprovação empírica das infrações penais de cariz econômico-financeiro.

Decerto há variegadas peculiaridades desse ramo do saber jurídico aplicado à criminalidade econômico-financeira organizada, não só nos planos *dogmático*, *legislativo* e *normativo* (*Law in books*), como também na própria dinâmica das práticas e procedimentos persecutórios adotados pelo sistema de administração da justiça criminal no País (*Law in action*), como se demonstrará a seguir.

2. CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO PENAL APLICADO À CRIMINALIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA: DESCODIFICAÇÃO

Hoje se constata que nossa legislação aplicável à criminalidade econômico-financeira consiste em cipoal emaranhado de institutos e ritos especiais, ora espraiados para fora do Estatuto Processual Penal de 1941 (v.g. art. 26 e ss. da Lei 7.492/1986; arts. 15 e 16 da Lei 8.137/1990; art. 2.º e ss. da Lei 9.613/1998; art. 87 da Lei 12.529/2011; art. 3.º e ss. da Lei 12.850/2013 etc.).

Por exemplo: no que tange aos efeitos processuais penais do parcelamento das dívidas fiscais conexas a crimes contra a Ordem Tributária há verdadeira *fúria legislativa*, que acarreta vertiginosa profusão de normas que se sucedem no tempo, mercê das diversas diretrizes político-fiscais de ocasião.

De início o art. 15 da Lei 9.964/2000 (que instituiu o *Programa de Recuperação Fiscal – Refis*) introduziu a suspensão do trâmite do processo criminal e da fluência do prazo prescricional da pretensão estatal punitiva durante o período em que a pessoa jurídica estivesse incluída nesse programa, desde que tal inclusão fosse deferida antes do recebimento da denúncia.

O art. 9.º da subsequente Lei 10.684/2003 (conhecida como *Lei do Paes*) igualmente previa a sobredita suspensão da pretensão punitiva do Estado e da prescrição criminal durante o período em que a pessoa jurídica estivesse in-

MALAN, Diogo. Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 279-320. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

cluída nesse regime de parcelamento, porém inovou ao abolir o requisito legal de o parcelamento anteceder o marco temporal do recebimento da denúncia.

Já os arts. 67 e 68 da Lei 11.941/2009 (*Refis da Crise*) reintroduziram tal marco temporal-limite como condição para o parcelamento da dívida fiscal exercer o sobredito efeito suspensivo da pretensão punitiva estatal e da prescrição criminal.

O art. 6.º da Lei 12.382/2011 posteriormente veio a alterar a redação do art. 83 da Lei 9.430/1996, que regulamenta o encaminhamento da representação fiscal para fins penais pela Administração Pública Fazendária.

Foi mantida a suspensão da pretensão punitiva do Estado e da prescrição penal durante o período em que a pessoa (física ou jurídica) estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido respectivo tenha sido formalizado pelo contribuinte antes do recebimento da denúncia.

Não obstante, o sobredito mosaico legislativo deixa uma pletora de dúvidas: *(a)* os efeitos da suspensão da pretensão estatal punitiva e da prescrição penal se aplicam também aos parcelamentos de dívidas relativas a tributos estaduais ou municipais, ou de dívidas fiscais vinculadas a regimes jurídicos de parcelamento diversos? *(b)* a precitada suspensão se aplica também a parcelamentos deferidos a contribuintes pessoas físicas?; *(c)* o marco temporal inaugural (*dies a quo*) da adesão do contribuinte ao parcelamento da dívida fiscal (e, portanto, da geração dos seus efeitos penais e processuais penais) é a data em que o respectivo termo de opção é recebido pelos Correios, recebido pela unidade da Receita Federal, ou homologado pelo Comitê Gestor?; *(d)* essas normas têm natureza penal material, processual penal ou híbrida? *(e)* a aplicação intertemporal das sucessivas leis em digressão segue os parâmetros do Estatuto Repressivo ou do Código de Processo Penal? *(f)* a norma aplicável deve ser considerada aquela vigente na data da hipótese de incidência tributária, do lançamento definitivo do tributo ou do deferimento do parcelamento pela Administração Pública Fazendária?; *(g)* o Juiz pode determinar a suspensão *parcial* do processo criminal, somente quanto às imputações de crimes contra a Ordem Tributária conexos à fração das dívidas fiscais cujo respectivo pedido de parcelamento foi formalizado tempestivamente?; *(h)* a suspensão da pretensão estatal punitiva pelo parcelamento da dívida fiscal, em relação a crime contra a Ordem Tributária antecedente de crime principal (v.g. *lavagem de dinheiro*) obsta a persecução penal deste último?

Tais questionamentos, dentre outros possíveis, desvelam que a descodificação em apreço enseja enorme insegurança jurídica, violando a garantia liberal-clássica da *reserva de código*.

MALAN, Diogo. Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 279-320. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

Segundo Daniel Pastor, trata-se de ideia político-criminal consistente na defesa de *recodificação sistemática* de legislação penal minimalista, associada à garantia que proíbe qualquer mudança legislativa penal, exceto pela alteração da própria codificação via processo legislativo que exija quórum parlamentar qualificado.[7]

Destarte, a garantia em digressão é expressão metodológica do princípio constitucional da reserva legal (*nulla coatio sine lege*), exigindo normas claras, harmônicas e sistematicamente organizadas em um corpo legislativo breve e único, que contenha os princípios comuns do Direito Processual Penal e da organização judiciária (*Parte Geral*) e a regulamentação dos procedimentos comum e especiais (*Parte Especial*). Estes últimos devem ser restritos ao *mínimo indispensável*.[8]

Por conseguinte são absolutamente inaplicáveis quaisquer normas que estejam fora da codificação, por força do *subprincípio da exclusividade do Código*.[9]

3. SEGUE: DÉFICIT LEGISLATIVO

Paradoxalmente, a descodificação é acompanhada de grave déficit legislativo, máxime no que tange a ritos especiais imprescindíveis, porém omitidos pelo legislador brasileiro.

Exemplo que pode ser fornecido é o da ausência da criação de subsistema processual específico para regulamentar a persecução penal de pessoas jurídicas acusadas de crimes contra o Meio Ambiente (art. 3.º da Lei 9.605/1998).

Há abalizada corrente doutrinária que preconiza bastar a aplicação subsidiária dos Códigos de Processo Penal (art. 79 da Lei 9.605/1998) e Civil (art. 3.º do Estatuto Processual Penal) para se viabilizar a persecução penal da pessoa jurídica.[10]

Entretanto, há uma série de perplexidades que surgem ao ensejo da sobredita persecução, dentre as quais se pode mencionar o ato de interrogatório.

---

7. PASTOR, Daniel. *Recodificación penal y principio de reserva de código*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. P. 167.
8. Idem, p. 255 e ss.
9. Idem, p. 178 e ss.
10. GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 46-50.

MALAN, Diogo. Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 279-320. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

Em primeiro lugar, sendo perfeitamente possível, em tese, que o quadro societário da empresa à época da *consumação do crime* seja completamente distinto daquele existente à época *do interrogatório*, surge a indagação sobre qual representante legal da pessoa jurídica deve ser interrogado.

Se por um lado o representante da empresa à época da consumação delitiva a princípio tem melhores condições de exercer a autodefesa em Juízo em razão da sua maior proximidade com os fatos, por outro lado poderiam ser feitas as seguintes objeções: (*a*) tal representante não possui mais poderes para representar a pessoa jurídica em Juízo; (*b*) esse representante pode, em tese, incriminar a pessoa jurídica para se proteger. Por exemplo: afirmando que votou vencido na decisão colegiada majoritária que redundou na prática de crime ambiental, gerando, assim, colidência de defesas; (*c*) o Ministério Público tem pesado encargo de pesquisar toda a evolução dos estatutos sociais da empresa para tentar descobrir as identidades e dados qualificativos dos representantes legais da empresa à época do delito.

Ademais disso, ainda que o quadro societário da pessoa moral denunciada permaneça idêntico, é possível, em tese, que *todos* os seus representantes legais tenham sido denunciados pela prática do *mesmo* crime ambiental imputado à pessoa jurídica, ou de delito conexo.

Assim, nessa hipótese desperta perplexidade a possibilidade de alguém ser interrogado na dupla condição de *acusado* e de *representante legal da pessoa coletiva denunciada*, máxime em razão do risco de colidência entre as defesas respectivas.

Em terceiro lugar, desponta a dúvida acerca da possibilidade de os representantes legais da empresa, caso queiram, nomearem terceira pessoa para comparecer ao ato do interrogatório em nome da pessoa jurídica, por aplicação analógica do art. 843, § 1.º, da Consolidação das Leis do Trabalho.[11]

Tal nomeação poderia recair, por exemplo, sobre o Gerente Ambiental da empresa, decerto pessoa mais qualificada do que seus Diretores para exercer a autodefesa em juízo.

11. Ada Pellegrini Grinover inicialmente admitia tal possibilidade (GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., 1999), mas modificou seu entendimento, ao argumento de que o interrogatório, por caracterizar essencialmente *meio de defesa* do interrogando, possui natureza *personalíssima*, motivo pelo qual somente o titular do direito de defesa (o gestor da empresa) pode exercê-lo em juízo (GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 296-306).

Por fim, exsurge espécie quanto à possibilidade de o interrogando – quer na qualidade de *representante legal*, quer na de *preposto* da pessoa moral denunciada – sofrer medida de constrição cautelar (pessoal, patrimonial ou probatória).

Interessante notar que o legislador francês – no qual o nosso nitidamente se inspirou ao instituir a responsabilidade penal da pessoa jurídica – teve a preocupação de instituir subsistema processual penal que tornasse viável a persecução penal em juízo das pessoas jurídicas.

Com efeito, a Lei 92-1336 enxertou no Livro IV ("*De quelques procédures particulières*") do Código de Processo Penal francês o Título XVIII ("*De la poursuite, de l'instruction et du jugement des infractions commises par les personnes morales*"), que contém regras específicas para citação, interrogatório etc. das pessoas acusadas (arts. 706-41 a 706-46).

A Lei 9.605/1998, por outro lado, é absolutamente omissa quanto ao ponto em testilha. Assim, o *déficit* legislativo em tela enseja enorme insegurança jurídica, colocando em xeque o direito fundamental da pessoa jurídica acusada ao *due process of law*.

4. SEGUE: POLÍTICA CRIMINAL SIMBÓLICA

Na seara da criminalidade econômico-financeira hoje infelizmente viceja política criminal de cariz *simbólico*, na acepção crítica dessa expressão.

Trata-se da edição de novas leis processuais penais de forma *casuística*, *emotiva* e *irracional*, sem prévios estudos ou debates técnico-científicos pela comunidade acadêmica, como meio de se prestar satisfações à comoção social causada por determinado fato econômico-financeiro e/ou granjear dividendos políticos.

Assim, o legislador edita normas processuais penais que ele já sabe de antemão serem de escassa utilidade prática, porém com isso ele almeja transmitir à opinião pública e aos meios de comunicação de massa a impressão de atuação parlamentar *célere*, *decidida* e *eficaz* no enfrentamento da criminalidade econômico-financeira. [12]

Eloquente exemplo desse simbolismo é a criação do instituto da *prisão temporária* pela Lei 7.960/1989.

Trata-se de modalidade de prisão processual cujas origens históricas e inspirações ideológicas remontam ao regime de exceção inaugurado em 1964, tendo sido criada pelo art. 424 do PL 1.655/1983.

12. Sobre tal problemática, ver: POZUELO PÉREZ, Laura. *La política criminal mediática*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Com efeito, o sobredito dispositivo projetado previa o cabimento da prisão temporária nas seguintes hipóteses: *(a)* imprescindibilidade para compelir o indiciado ou acusado ao cumprimento de ônus a que estava sujeito; *(b)* risco de fuga do investigado, indícios de tentativa de interferência na instrução processual ou justificada probabilidade de reiteração criminosa; *(c)* não comparecimento injustificado do investigado a qualquer ato do inquérito policial; *(d)* ausência de residência fixa ou de identidade certa do investigado; *(e) suspeita razoável* (*sic*) de participação do investigado nos crimes de *roubo*, *latrocínio*, *extorsão*, *sequestro*, *estupro*, *atentado violento ao pudor*, *rapto não consensual*, *quadrilha ou bando* e *tráfico de entorpecentes*.

Em outubro de 1984 o sobredito Projeto de Lei foi encaminhado ao Senado Federal, onde tramitou como PLC 175/1984.

Não obstante, em novembro de 1989 o próprio Poder Executivo solicitou a retirada desse Projeto de Lei da pauta do Congresso Nacional.

Ressalte-se que o instituto da prisão temporária somente fazia sentido lógico-sistêmico no âmago de Projeto de Código de Processo Penal de matizes inquisitivos e autoritários, que tratava o investigado como *objeto do poder punitivo*, e não sujeito processual titular de direitos.[13]

Curiosamente, a prisão temporária foi ressuscitada pela MedProv 111/1989, mesmo após a redemocratização do País, ao que tudo indica sem ser precedida de quaisquer estudos ou debates técnico-científicos por parte da comunidade acadêmica brasileira.

Ao contrário dos critérios *abstratos* e *gerais* que deveriam inspirar a criação de nova espécie de prisão processual, na Exposição de Motivos dessa Medida Provisória sobressai o tom *casuístico*, *emotivo* e *pessoal* do Ministro da Justiça.[14]

Esse tom é bastante sintomático do clima de comoção e histeria punitiva que inspirou a prisão temporária, além de revelar seu indisfarçável objetivo *simbólico*.

Esse texto histórico alude à descoberta no País de fraude cambial de grandes proporções, praticada por suposta organização criminosa especializada em evasão de divisas, com ramificações em instituições financeiras nacionais e estrangeiras.

---

13. Para aprofundamento desse histórico da prisão temporária, ver: MALAN, Diogo. Prisão temporária. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coords.). *Setenta anos do Código de Processo Penal brasileiro: Balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 73-109.

14. RAMOS, Saulo. Exposição de Motivos n. 239, de 24.11.1989.

Tal organização teria infligido às reservas cambiais brasileiras prejuízo no valor de US$ 360.000.000,00 (trezentos e sessenta milhões de dólares norte-americanos).

Esse episódio foi invocado como pretexto para a necessidade urgente de "*detenções com finalidade investigatória típica, isto é, medida cautelar contra suspeito da prática de determinado crime para o qual a lei permita a prisão temporária*" (*sic*), detenções que alegadamente seriam o *único* meio de se investigar tal fraude.

É no mínimo discutível, portanto, que a Medida Provisória em apreço preencheu os requisitos da *relevância* e da *urgência* (art. 62 da Carta Magna, na redação original).

Igualmente questionável é a possibilidade de se editar Medida Provisória sobre processo penal, à luz do *princípio da reserva de lei* (*em sentido estrito*) nessa seara, e da vedação acrescida ao art. 62, § 1.º, I, *b*, da Constituição pela EC 32/2001.

A conversão dessa Medida Provisória em Lei não teve o efeito jurídico de convalidar seu vício de origem, que contaminou a subsequente Lei de Conversão.

Quanto às circunstâncias autorizadoras da prisão temporária, também se constata a inconstitucionalidade *material* do art. 1.º da Lei 7.960/1989.

O inc. I desse dispositivo legal tem redação tão subjetiva, indeterminada e genérica que omite por completo a descrição das circunstâncias fáticas específicas que autorizam o emprego da medida. Trata-se de violação à cláusula da *legalidade processual*, especificamente seu corolário lógico da taxatividade da norma processual penal que tipifica medida restritiva à liberdade (*nulla coatio sine lege certa*).

Já o inc. II, *ab initio* torna a prisão temporária instrumento de controle social sobre grupos excluídos e marginalizados socialmente. Cuida-se de norma que sevicia o núcleo essencial do princípio da isonomia perante a lei processual penal, sem discriminações de qualquer natureza.

A parte final desse mesmo inciso, por sua vez, é *excessiva* e *desproporcional*, pois a prisão temporária não é medida *idônea* para esclarecer a identidade civil do suspeito e tampouco *necessária* para tanto, ante a existência da identificação criminal coercitiva.

O inc. III, por fim, instituiu presunção de culpabilidade como regra de tratamento do acusado, ao prever a natureza e gravidade do crime como fundamentos exclusivos da prisão temporária, descaracterizando-se a imprescindível natureza *cautelar* dessa medida.

MALAN, Diogo. Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 279-320. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

Ante todo o exposto, é lícito concluir que as três hipóteses de cabimento da prisão temporária são materialmente *inconstitucionais*, pouco importando se a sua aplicação é feita de maneira alternativa ou cumulada.[15]

5. SEGUE: INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR DE BANDA LARGA

No plano da estratégia policial, é perceptível que a criminalidade econômico-financeira ensejou novo paradigma de investigação preliminar, consubstanciado na realização de *operações* – que marcaram o primeiro mandato do Presidente Luís Inácio Lula da Silva (2003-2006) como sendo a principal política de segurança pública da União.

Esse novel paradigma é originário do art. 4.º da Lei 9.034/1995, cuja redação era a seguinte: "Os órgãos da polícia judiciária estruturarão setores e equipes de policiais especializados no combate à ação praticada por organizações criminosas."

Com base nesse comando normativo um grupo de policiais, com experiência nas investigações que resultaram no ajuizamento da ação penal originária 137 perante o Supremo Tribunal Federal,[16] apresentou proposta de criação de novo órgão administrativo no âmbito do Departamento de Polícia Federal: a Divisão de Repressão ao Crime Organizado e Inquéritos Especiais (DCOIE), com sede em Brasília/DF e dois braços nas cidades do Rio de Janeiro/RJ e São Paulo/SP: as Delegacias de Repressão ao Crime Organizado e Inquéritos Especiais.

Essa novel divisão foi criada pela Portaria 736, de 10.12.1996, do Ministério da Justiça, que também criou o Regimento Interno do Departamento de Polícia Federal.

Após, a IN 003/2001-DG/DPF, de 16.02.2001, regulamentou a competência administrativa e as atribuições dos Delegados Titulares da DCOIE.

Tal ato normativo criou o conceito normativo de *inquérito especial*, que tem as seguintes características: *(a)* ter o fato delituoso repercussão regional, in-

15. "Não é hora de examinar o mérito desta medida provisória, embora confesse que continuo perplexo com o seu art. 1.º, porque estou convencido de que muito esforço de hermenêutica adequadora há de fazer para fugir ao seu sentido literal inequívoco, o qual, nos dois primeiros incisos, concede um arbítrio que nenhuma prisão processual admite e, no inc. III, para dizer o menos, restabelece, no Brasil, a prisão preventiva obrigatória, com requisitos ainda menos rígidos que os do velho art. 312 do CPP" (STF, Pleno, ADIn 162/DF, rel. Min. Moreira Alves (Declaração de voto do Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do pedido de ordem liminar), 14.12.1989).

16. STF, 2.ª T., Ap 307/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* 13.10.1995.

terestadual ou internacional, a exigir repressão integrada, acompanhamento da alta administração da Polícia Federal ou mobilização e disponibilidade de recursos; *(b)* exigir na apuração do delito estrutura especializada em processamento e análise documental, técnicas específicas de rastreamento financeiro e patrimonial, assim como o uso de meios especiais de informática, eletrônica ou comunicação; *(c)* envolver infração penal "de expressiva magnitude financeira, econômica ou tributária, fora dos padrões normalmente praticados em crimes de autoria individual"; *(d)* ter como sujeito ativo ou passivo do crime servidor que goze de foro *ratione funcionae* em Tribunal federal; *(e)* ser o delito envolvendo questão de especial interesse da Presidência da República, dos Ministérios, do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários ou, ainda, da Justiça Federal ou do Ministério Público Federal, quando requisitado; *(f)* tratar-se de ilícito que, a critério da Direção-Geral do Departamento de Polícia Federal, deva ser considerado passível de apuração via *inquérito especial* (art. 4.°, I a VI).

Quanto à competência administrativa da DCOIE, ela originalmente abrangia, além dos crimes apuráveis por *inquérito especial* (art. 5.°, I), os seguintes: *(a)* delitos contra o Sistema Financeiro Nacional praticados por organização criminosa, "*desde que tenham como possível autor pessoa que exerça cargo de diretoria em instituição financeira*"; *(b)* infrações penais de lavagem de dinheiro e contra o Sistema Financeiro Nacional; *(c)* crimes apurados por Comissão Parlamentar de Inquérito (art. 5.°, II a IV).

Além disso, cabia também à sobredita Divisão: *(a)* atender a pedidos de processamento e análise documental feitos por outros órgãos internos; *(b)* assessorar autoridades policiais quanto a representações pelo afastamento de sigilo e ao subsequente rastreamento financeiro e patrimonial (art. 5.°, V e VI).[17]

Hoje a competência administrativa da DCOIE está regulamentada pelo art. 13 do Regimento Interno da Polícia Federal, aprovado pela Portaria 2.877, de 30.12.2011, do Ministério da Justiça.

Tal competência abarca dirigir, planejar, coordenar, controlar e avaliar a atividade de investigação criminal relativa a crimes: *(a)* praticados por organizações criminosas; *(b)* contra os direitos humanos e comunidades indígenas; *(c)* contra o Meio Ambiente e patrimônio histórico; *(d)* contra a Ordem Econômica e o Sistema Financeiro Nacional; *(e)* contra a Ordem Política e Social; *(f)*

17. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Polícia Federal. Coordenação-Geral Central de Polícia. Divisão de Repressão ao Crime Organizado e Inquéritos Especiais. *Manual de procedimentos e legislação*. Brasília: Ministério da Justiça, 2001. p. 21 e ss.

de tráfico ilícito de drogas e armas; *(g)* de contrabando e descaminho de bens; *(h)* de lavagem de ativos; *(i)* de repercussão interestadual ou internacional, que exija repressão uniforme; *(j)* em detrimento de bens, serviços e interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

A metodologia investigativa em regra adotada nas *operações* engendradas pela DCOIE se caracteriza pela sua natureza bifásica, consistente na adoção maciça de *métodos ocultos de investigação* variegados (*fase encoberta*), seguida de cumprimento simultâneo de diversos mandados (de busca e apreensão domiciliar; condução coercitiva; prisão temporária etc.) nos diversos endereços de conglomerado empresarial por parte de dezenas de agentes (fazendários; policiais etc.) dotados de forte aparato bélico (*fase ostensiva*).

Percebe-se claramente o forte cariz *midiático* e *simbólico* dessas ações policialescas pelas suas denominações exóticas e seu acompanhamento em tempo real pelos meios de comunicação de massa, além de ser sucedidas de ampla e imediata divulgação dos seus detalhes pelos órgãos de assessoria de imprensa – inclusive no que tange aos nomes completos dos investigados.

Não raro a investigação preliminar é feita nos autos de procedimento amorfo, sem qualquer regulamentação legal (v.g. "procedimento de investigação criminal (PIC)" ou "*procedimento criminal diverso (PCD)*" do Ministério Público), ou exclusivamente nos autos de medidas cautelares que, na prática, funcionam como *sucedâneas do inquérito policial* (o qual é instaurado somente como formalidade para pretextar tais medidas, não contendo em seu bojo nenhum elemento informativo relevante).[18]

Considerando que o tipo de criminalidade em digressão em regra se utiliza da estrutura societária de corporação de negócios, o *iter* investigativo do fato econômico-financeiro consiste em ampla devassa sobre os variegados setores que integram esse ente corporativo.[19]

Assim, se busca apurar quais desses setores – e respectivos gestores responsáveis – tiveram participação nos fatos investigados, e não raro a apuração se

18. "Mas a ação penal – todos nós sabemos, isso é curial – não é inquérito policial. Intentou-se, ali, e já com esse excesso que eu venho repelindo, do ponto de vista processual, uma cautelar criminal. Ora, nós sabemos que cautelar, seja cível, seja penal, não é um sucedâneo de inquérito policial. É, apenas, para acautelar. Não é para transformar um processo judicial, como é um processo cautelar, em instrumento de investigação" (TRF-2.ª Reg., 5.ª T., HC 2002.02.01.043288-0, rel. Des. Alberto Nogueira, *DJU* 25.03.2003).

19. AMODIO, Ennio. I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale. *In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. vol. 51. p. 1496-1506. Milano, ott.-dic. 2008.

espraia também para outras corporações intervenientes no fato (v.g. empresas coligadas; escritórios de contabilidade etc.).

A investigação preliminar nessas circunstâncias possui cariz altamente aflitivo e invasivo. Isso porque as próprias *natureza* e *estrutura organizacional* da empresa – composta de diversos setores operacionais, cada qual a cargo de um grupo distinto de funcionários – oferece terreno mais amplo e ramificado para a atividade investigativa policial.

Disso resulta verdadeira invasão estatal do negócio, o qual é submetido a uma espécie de *estado de assédio*, capaz de paralisar suas atividades empresariais.

Sua finalidade *declarada* é impedir a adulteração ou destruição de fontes de prova na posse dos investigados, mas suas consequências práticas para os quadros organizacionais são a difusão de sentimento de *pavor* e do conhecimento acerca da extensão e face mais cruenta do poder punitivo do Estado.

Além disso, não é incomum a *paralização* da própria atividade-fim do ente corporativo que sofre tais medidas extremas, devido à apreensão de grande volume de dados e documentos (contábeis; fiscais; mercantis etc.) – a vasta maioria dos quais é *imprescindível* para a consecução do objeto social da empresa, porém *inútil* para as investigações policiais.

Outros possíveis efeitos colaterais são os seguintes: *(a)* divulgação indevida dos chamados *segredos de empresa*; *(b)* danos significativos ao conceito empresarial e ao faturamento do ente, podendo haver rescisões de contratos de clientes e fornecedores; queda do valor de mercado das ações de companhias de capital aberto; demissão de funcionários etc.

Com relação à pessoa física do investigado, se constata que a estratégia persecutória, na prática, tende a ser voltada para a obtenção de *confissão* ou *delação* (*finalidade não declarada*).[20]

Com efeito, a imposição simultânea de diversas coações sobre a liberdade, domicílio, família, patrimônio, dignidade, reputação etc. tem como principal objetivo exercer o maior grau possível de pressão sobre a pessoa do investigado e vencer sua resistência física e psicológica.

Assim, trata-se de procedimento *inquisitivo puro*, no qual o emprego de diversas medidas de coação patrimonial, pessoal e probatória ao mesmo tempo

20. NOBILI, Massimo. Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale, In: MOCCIA, Sergio (org.). *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999. p. 223-241.

tem fim *não cautelar*: o de obter confissão e/ou acordo de delação premiada do *objeto da investigação* (o investigado).[21]

Não se pode ignorar que a prisão temporária, por admitir prorrogação do seu prazo "em caso de extrema e comprovada necessidade" (art. 2.º da Lei 7.960/1989), também integra essa estratégia de coação física e psicológica, podendo se prestar ao fim da extorsão de confissão ou delação premiada do investigado, sob a ameaça – explícita ou velada – de a autoridade policial requerer a sobredita prorrogação de prazo.[22]

A coação incidente de forma indiscriminada sobre *todos* os ativos financeiros e bens do investigado também serve para impedir que ele receba assistência jurídica adequada, à míngua da liquidez e solvência imprescindíveis para contratar Defensor técnico particular razoavelmente qualificado.

Na expressão de Ennio Amodio, o procedimento é *de banda larga*, abarcando a apuração de: *(a)* como se formou a vontade de colocar em marcha a atividade acoimada de delituosa; *(b)* quem concorreu para a formação dessa vontade; *(c)* em que medida o efetivo conhecimento do projeto criminoso correspondeu à repartição formal de funções do organograma da companhia.[23]

A sobredita amplitude enseja cadeia de investigados que entram e saem da investigação preliminar, até a formalização da acusação formal pelo Ministério Público. O efeito automático desse fenômeno é a exclusão de alguns investigados dessa imputação formal, quando o espectro investigativo original se revela excessivamente amplo.

6. SEGUE: EMPREGO MACIÇO DE MÉTODOS OCULTOS DE INVESTIGAÇÃO

As técnicas em digressão (art. 3.º da Lei 12.850/2013) têm natureza jurídica de *meios de pesquisa* ou *investigação*, porquanto são extraprocessuais, não contraditórias e protagonizadas por servidores públicos diversos dos sujeitos processuais penais, tendo como objetivo obter fontes materiais de prova.

---

21. Os acordos de delação premiada violam os princípios constitucionais da *legalidade* e *moralidade* da Administração Pública, além do *conteúdo ético mínimo do Estado*, pois este cai em *contradição normativa* e compromete a legitimidade ético-jurídica do poder punitivo caso, a pretexto de aplicar este último, assegure a imunidade penal de criminosos confessos, em troca de informações (COUTINHO, Jacinto Nelson de Coutinho; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista de Estudos Criminais*. n. 22. p. 75-84. Porto Alegre, abr.-jun. 2006).

22. MALAN, Diogo. Prisão... cit., p. 95.

23. AMODIO, Ennio. Op. cit., p. 1500.

Via de consequência o *meio de pesquisa* ou *investigação* não serve diretamente ao convencimento do julgador sobre o mérito da causa, e se for obtido por meios ilícitos é considerado prova inadmissível em Juízo.[24]

Manoel da Costa Andrade leciona que essas medidas causaram verdadeira ruptura do paradigma processual penal haurido do ideário da Ilustração, calcado na sua *estrutura acusatória* e no estatuto de *sujeito processual* do acusado.

Suas consequências diretas são: *(a)* o esgarçamento das tradicionais garantias liberais-clássicas do Direito Processual Penal; *(b)* a multiplicação, em termos quantitativos e de potencial invasivo, dos meios de restrição a direitos fundamentais; *(c)* a oscilação do pêndulo político e legislativo na direção da tutela do poder punitivo e dos interesses sociais securitários.[25]

Mais especificamente, vislumbra-se tendência no sentido da *policialização da investigação*, havendo alargamento e hipertrofia dos poderes da polícia judiciária.

Ademais, também há o fenômeno da *privatização* de certos aspectos da investigação preliminar, havendo uso de particular como uma espécie de *longa manus* da autoridade policial, no exercício da atividade-fim desta última.[26]

Por derradeiro, ocorre esmaecimento da fronteira que separa as funções de *prevenção* e *repressão* de infrações penais, deslocando-se o Processo Penal para a primeira. Vale dizer: há tendência de intervenção *preventiva* das agências que integram o poder punitivo, em detrimento da tradicional postura *reativa*.[27]

Quanto aos métodos em digressão propriamente ditos, suas principais características são as seguintes: *(a) institucionalização*, por força de sua regu-

24. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 303-318.

25. ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral). In: MONTE, Mário Ferreira e et al (coords.). *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 525-551; FONSECA-HERRERO, Marta Gómez de Liaño. *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*. Madrid: Colex, 2004.

26. Para tanto, basta atentar para o procedimento técnico-operacional de interceptação de comunicações telefônicas via o sistema informatizado *Guardião*, o qual é protagonizado por pelo menos duas empresas *privadas*: a concessionária do serviço público de telefonia (da qual o "alvo" da medida é cliente) e a operadora desse sistema informatizado (a Dígitro Tecnologia Ltda.).

27. ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 529-531.

lamentação legal expressa ou aceitação com base em aplicação analógica de instituto congênere; *(b) generalização*, pela sua expressão massificada (v.g. interceptação simultânea de uma dezena de linhas telefônicas, que implica interceptação das comunicações de centenas de pessoas via milhares de ligações).[28]

Os *métodos ocultos de investigação* consistem em gama heterogênea de institutos, abarcando as interceptações de comunicações telefônicas e telemáticas; busca e apreensão de mensagens de correio eletrônico (*e-mails*) armazenadas em servidor *(busca e apreensão virtual)*; compartilhamento de dados de localização de aparelho telefônico celular; infiltração de agentes; interceptação ambiental domiciliar de conversas entre pessoas presentes etc.[29]

Já para Friedrich Dencker as principais características dos *métodos ocultos de investigação* são *amplitude*, *segredo* e *ausência de âmbitos-tabu*.[30]

Tal *amplitude* pode ser entendida em pelo menos duas acepções: *(a)* quanto à *quantidade*, tendo em vista que o catálogo previsto no art. 3.º da Lei 12.850/13 na prática é meramente exemplificativo, não excluindo meios de investigação *atípicos* (v.g. pagamento de "verba secreta de informante" a particular pela Polícia Federal); *(b)* no que tange às *pessoas afetadas* pela medida, que incluem não só o próprio investigado e eventuais coautores e partícipes, mas também terceiras pessoas que integram o círculo de relações sociais do primeiro grupo.

O *segredo* desse arsenal de medidas decorre do seu caráter dissimulado e sub-reptício, sendo oponível tanto ao próprio investigado quanto ao seu Defensor técnico (por se tratarem de medidas cautelares processadas *inaudita altera parte*, nos termos do art. 282, § 3.º, *ab initio* do Estatuto Processual Penal).

Por *ausência de âmbitos-tabu* se entende o efeito dessas medidas de suprimir diversas das tradicionais regras de proibição probatória características do Processo Penal democratizado.

Por exemplo, os direitos fundamentais do investigado: *(a)* à prestação estatal de informação sobre o seu direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*); *(b)* à inviolabilidade das suas comunicações pessoais ou telefônicas com seu Advogado, médico, cônjuge etc.[31]

---

28. Idem, p. 531-532.

29. Idem, p. 532-535.

30. DENCKER, Friedrich. Criminalidad organizada y procedimiento penal. *Nueva Doctrina Penal*. n. B. p. 479-494. 1998.

31. Idem, p. 486-490. Em sentido semelhante: HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 15-25; PRADO, Geral-

No País, se podem alinhavar algumas peculiaridades adicionais dos *métodos ocultos de investigação*: *(a) grave* déficit *legislativo*: há métodos *atípicos*, ou seja, sem procedimento probatório regulamentado em lei (v.g. interceptação ambiental domiciliar de conversas entre pessoas presentes), sem haver sequer meio de investigação *típico* cujo procedimento lhes possa ser aplicado, por analogia; *(b) procedimento técnico-operacional oculto*: há grave omissão legislativa quanto ao procedimento técnico-operacional específico a ser adotado na efetivação da medida, que remanesce alheio ao conhecimento e controle do Juiz e das partes processuais (v.g. busca e apreensão de mensagens de correio eletrônico (*e-mails*) armazenadas em servidor); *(c) quebra da cadeia de custódia*: como inexistem regulamentos e procedimentos administrativos acerca da *cadeia de custódia* há frequente ilicitude probatória, decorrente da *adulteração* ou *perda* das fontes materiais de prova obtidas (art. 159, § 6.°, do Código de Processo Penal).[32]

Todas essas características põem em causa a constitucionalidade material dos métodos em liça, à luz da garantia do *due process of law* e seu corolário da *legalidade probatória*.

7. SEGUE: DUPLO BINÁRIO

Outro fenômeno apontado por Ennio Amodio é o *duplo binário*.[33]

Trata-se de consequência direta da *duplicação* de investigações sobre o mesmo fato econômico-financeiro: uma na esfera da persecução penal e outra perante o órgão da Administração Pública responsável pelo controle, fiscalização e regulação dos entes corporativos que atuam naquele setor (v.g. Banco Central do Brasil; Comissão de Valores Mobiliários etc.).

Essa conjuntura cria uma *assimetria de fato* entre as partes processuais penais, hipertrofiando os poderes da acusação pública: esta última vê fortalecidos seus poderes na colheita de elementos informativos e provas, mercê da colaboração do órgão responsável pelo procedimento administrativo sancionador sobre os mesmos fatos.

---

do. Da lei de controle do crime organizado: crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 125-137.

32. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

33. AMODIO, Ennio. Op. cit., p. 1501 e ss.

Ademais disso, na fase judicial da persecução penal o órgão acusador pode contar com o servidor responsável pela condução do sobredito procedimento administrativo sancionador como *fonte de prova testemunhal*.

Daí a sensação do acusado de estar diante de dois acusadores, um dos quais é autorizado a depor em Juízo sob o compromisso legal de dizer a verdade, na qualidade de *testemunha*.

8. SEGUE: ESPECIALIZAÇÃO DE VARAS

No campo da competência decerto a principal característica da criminalidade econômico-financeira é a criação de Varas Federais especializadas para julgar crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/1986) e de lavagem de capitais (Lei 9.613/1998).

Essa especialização foi determinada pelo art. 1.º da Res. 314/2003 do Conselho da Justiça Federal, que impôs aos Tribunais Regionais Federais a criação, no prazo de sessenta dias, de Varas Federais especializadas, com competência exclusiva ou concorrente para julgar crimes financeiros ou de lavagem de dinheiro.

A Recomendação 03/2006 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por sua vez, sugere aos Tribunais Regionais Federais e aos Estados Federados que criem pelas suas leis locais de organização judiciária Varas especializadas para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas.

A precitada Res. 314/2003 veio a ser revogada pela Res. 273/2013 do Conselho da Justiça Federal, cujo art. 1.º, II ampliou a competência *ratione materiae* das Varas Federais especializadas, estendendo-a aos crimes praticados por *organizações criminosas* (Lei 12.850/2013), independentemente do caráter transnacional ou não de suas infrações.

Assim, hoje todos os Tribunais Regionais Federais, assim como alguns Tribunais de Justiça, editaram atos normativos internos especializando Varas conforme as sobreditas diretrizes traçadas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho da Justiça Federal.

Em sede doutrinária tal especialização é defendida com base em dois argumentos: *(a)* a exigência de conhecimentos técnicos especializados sobre o Direito Penal Econômico por parte de Magistrados, Acusadores e Advogados, para a correta adjudicação do caso penal; *(b)* a necessidade de emprego de métodos ocultos de investigação para viabilizar a persecução penal do fato econômico-financeiro.[34]

34. ECHARRI CASI, Fermín Javier; GONZÁLEZ GARCÍA, Santiago. *Aspectos procesales de la delincuencia económica*. Bogotá: Ibañez, 2005. p. 59 e ss.

Não obstante, na perspectiva constitucional essa especialização suscita pelo menos três questionamentos.[35]

A primeira diz respeito à duvidosa constitucionalidade *formal* das precitadas Resoluções de Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça estaduais.

Isso porque no que tange à matéria da competência processual penal vigora *garantia da reserva de lei* (em sentido *estrito* e *formal*) *absoluta*, nos termos do art. 22, I, do texto magno.

Nada obstante, a Suprema Corte hoje entende que essa reserva legal é de natureza *relativa* e não *absoluta*, defendendo a higidez constitucional das Resoluções em apreço.[36]

Outro questionamento diz respeito à constitucionalidade *material* daqueles dispositivos das Resoluções em digressão que preveem a *imediata* redistribuição para as recém-criadas Varas especializadas dos inquéritos policiais e processos criminais relativos a infrações penais consumadas *antes* da sua vigência.

Trata-se de violação à dimensão *temporal* da garantia do Juiz Natural, pois o marco temporal da pré-constituição legal do Juiz é a data da consumação do crime (*tempus criminis regit iudicem*), não podendo haver aplicação retroativa de leis que venham a alterar os critérios de fixação da competência.[37]

Um terceiro aspecto diz respeito à potencial violação da *garantia da imparcialidade* – que integra a estrutura normativa da cláusula do Juiz Natural – pela criação de Varas especializadas para julgar certos tipos de crimes.

Essa imparcialidade está expressamente consagrada no art. 14.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que asseguram ao acusado o direito fundamental a ser ouvido por Juiz ou Tribunal "competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei".

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), restou sedimentado o seguinte: "La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función

35. BADARÓ, Gustavo. *Garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese de Livre-Docência apresentada à Universidade de São Paulo (2010). p. 552 e ss.

36. STF, Pleno, HC 88.660/CE, rel. Min. Carmen Lúcia, *DJe* 06.08.2014.

37. BADARÓ, Gustavo. Op. cit., p. 187 e ss.

como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática."[38]

Hoje se entende que o âmbito de proteção da imparcialidade judicial abarca as seguintes dimensões: *(a) subjetiva*: situada na esfera do foro interior do Juiz, tornando-o equidistante dos interesses antagônicos das partes processuais; *(b) objetiva*: reside na ausência de qualquer pré-juízo ou preconceito com relação à matéria fática e jurídica a ser julgada, e também na aparência dessa ausência ("justice must not only be done, it must also be seen to be done").[39]

Com efeito, quando o Juiz se coloca no papel institucional de *órgão de segurança pública do Estado*, atuando ombreado com a polícia judiciária e o Ministério Público na persecução penal dos fatos, não há verdadeiro processo jurisdicional e sim *formas neoinquisitivas de autotutela do poder punitivo estatal* – que consistem em verdadeiro *simulacro*, *pastiche*, *encenação* ou *jogo de cartas marcadas*, porquanto o desfecho processual condenatório é inexorável.

Assim, a especialização de Varas para julgar certas infrações penais traz dois riscos.

O primeiro é a criação de cultura judiciária burocrática e alienada das circunstâncias fáticas de cada caso concreto, baseada no *julgamento de teses jurídicas*.

O segundo é o Juiz se colocar no papel institucional de *combatente* dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, de lavagem de capitais ou praticados por associações criminosas.[40]

---

38. CIDH, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentença (mérito) de 02.07.2004, § 171. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf]. Acesso em: 15.01.2015.

39. FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. O marco normativo do direito fundamental ao juiz imparcial: do passado ao presente. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coords.). *70 anos do Código de Processo Penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 23-47.

40. Hoje é visto com naturalidade o fato de integrantes de entidades compostas – total ou preponderantemente – por Juízes de carreira (v.g. Associação dos Juízes Federais (Ajufe); Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB); Conselho Nacional de Justiça (CNJ); Conselho da Justiça Federal (CJF) etc.) participem ativamente das Ações da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla), juntamente com integrantes do Departamento de Polícia Federal e do Ministério Público Federal.

Assim, melhor andou o legislador constituinte português, que deu ao art. 209, § 4.º, da Carta de 1974 a seguinte redação: "Sem prejuízo do disposto quanto aos tribunais militares, é proibida a existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes."

9. SEGUE: ABUSO DO PODER DE ACUSAR

No ordenamento jurídico anglo-americano são comuns acusações infladas, de forma artificial, como estratégia persecutória. Mais especificamente, para uso como moeda de troca e aumento da pressão psicológica exercida sobre o acusado, com vistas a um futuro acordo (*plea bargain*) mais vantajoso para a parte processual acusadora.

Tamanha é a incidência desse fenômeno (*overcharging*) na prática forense que a doutrina anglo-americana mais abalizada vem externando considerável preocupação com tal exercício abusivo do poder de acusar.[41]

Neste País, com a possível importação de mecanismos consensuais de aplicação imediata da pena privativa de liberdade, com dispensa de julgamento (art. 105 do PL 236/2012 e no art. 283 do PL 8.045/2010) o sobredito fenômeno tenderá a frutificar também nestes trópicos.

Nada obstante, as práticas cotidianas de persecução penal da criminalidade econômico-financeira já vêm demonstrando preocupante aumento da incidência de denúncias oriundas de *abuso do poder de denunciar* – na oportuna expressão de Heleno Cláudio Fragoso.

A rigor, o sobredito abuso se consubstancia no exercício *ilegítimo* das faculdades e meios legalmente à disposição da parte processual acusadora: "O abuso de poder é, em suma, o mau uso de poder na denunciação, quando o Ministério Público, inteiramente fora da realidade e sem qualquer elemento de convicção, inicia o procedimento criminal."[42]

Tal abuso do poder de denunciar pode se manifestar de diversas maneiras, mas na seara da criminalidade econômico-financeira um exemplo emblemático é a imputação abusiva da figura típica da *associação criminosa*.

41. LANGBEIN, John. On the myth of written constitutions: The disappearance of criminal jury trial. *Harvard Journal of Law and Public Policy*. n. 15. p. 119-128. Cambridge, 1992.

42. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. n. 13. p. 63-83. Rio de Janeiro, abr.-jun. 1966.

Assim, sempre que a corporação de negócios pela qual o delito econômico-financeiro teria sido praticado possui três ou mais sócios-administradores há tendência de se imputar esse crime associativo de forma *automática*, juntamente com o crime-fim.

Trata-se de evidente estratégia persecutória, urdida para viabilizar: (*a*) a decretação da prisão temporária de suspeitos (art. 1.°, III, *l*, da Lei 7.960/1989); (*b*) o emprego dos *métodos ocultos de investigação* excepcionais previstos na Lei do Crime Organizado (art. 3.° da Lei 12.850/2013); (*c*) a imputação simultânea do crime de *lavagem de dinheiro* (art. 1.° da Lei 9.613/1998, na redação da Lei 12.683/2012); (*d*) a burla à dependência da instância administrativo-fiscal (enunciado 24 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal).

Não obstante, em regra se cuida de corporações de negócios criadas pela celebração de contrato entre pessoas que "se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados" (art. 981 do Código Civil), as quais são regularmente constituídas segundo a legislação societária do País, devidamente registradas perante os órgãos públicos pertinentes e exercem atividades não só *lícitas* como *incentivadas* pelo nosso ordenamento jurídico-constitucional (arts. 5.°, XIII e 170, IV e parágrafo único).

Não se pode confundir, portanto, os conceitos jurídicos de *criminalidade de empresa* e *empresa ilícita*.

No primeiro caso, há reunião de pessoas com finalidade *lícita* (exercício de atividade econômica), malgrado eventual crime seja praticado por concurso de agentes (*societas sceleris*) através da estrutura do ente corporativo.

Na segunda hipótese, a associação de pessoas tem intuito *ilegal*: auferir lucro pela prática de infrações penais (*societas in crimine*).

Via de consequência, a simples imputação de crime econômico-financeiro a três ou mais sócios-administradores de determinada sociedade empresária não serve, por si só, como pretexto para a imputação de *associação criminosa*.[43]

Ademais disso, Heloísa Estellita e Luís Greco vêm questionando a *paz pública* enquanto objeto de tutela no crime associativo em apreço.[44]

43. Nesse sentido: ESTELLITA, Heloísa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30.

44. ESTELLITA, Heloísa, GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 91. p. 393-409. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2011.

Segundo eles, a afetação à paz pública na verdade é *consequência* da simultânea vulneração a outros bens jurídicos (v.g. *ordem econômico-financeira* etc.). Logo, a conduta que afeta a *paz pública* em regra não representa qualquer conteúdo de desvalor adicional (*injusto da organização*), comparado ao comportamento que afeta os demais bens jurídicos mencionados.

Assim, na perspectiva normativa a menção à paz pública é *redundante*, nada acrescentando para justificar o tipo penal associativo.

Os crimes de cariz associativo somente se tipificam caso a associação gere especial grau de perigo para o bem jurídico atingido pelo crime-fim (*perigo específico do injusto de organização*).[45]

Assentadas tais premissas, é lícito concluir que a imputação de *associação criminosa* será *abusiva* sempre que o *único* pretexto para se imputar tal figura for justamente o suposto crime-fim, pois a associação, por si só, não se reveste de desvalor suficiente para justificar sua punição autônoma.

10. SEGUE: FACILITAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA SUBJETIVO DO ACUSADOR

Para abordar as peculiaridades do *ônus da prova* na seara em digressão, é imprescindível breve exposição acerca do fenômeno da *expansão do Direito Penal* e seus reflexos na estrutura das normas penais econômicas.[46]

Como é cediço, o fenômeno da expansão do Direito Penal na Pós-Modernidade está relacionado a variegados fatores sociais, notadamente a globalização econômica; integração supranacional em blocos econômicos; revolução tecnológica etc.

Uma das principais consequências dessa expansão é o fenômeno da *administrativização* do Direito Penal Econômico.

Trata-se de ruptura paradigmática que envolve mutação da própria *estrutura* e do *conteúdo material* das normas penais incriminadoras.

---

45. Conforme lecionam esses dois autores, tal perigo pressupõe *empresa ilícita*, orientada para a prática de infrações penais independentemente das vontades individuais dos membros do ente empresarial; deve haver vontade coletiva e autônoma, dirigida ao cometimento automático de crimes. Vale dizer: nesse tipo de empresa o *se* quanto ao cometimento de crimes já é pressuposto, restando em aberto somente o *como*.

46. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Montevideo: Editorial B de F, 2008. p. 131 e ss.

Em outras palavras: o Direito Penal passa a servir como *instrumento de gestão de riscos* de cariz estatístico, global ou sistêmico. Por conseguinte, ele perde qualquer traço distintivo do Direito Administrativo Sancionador, passando a desempenhar função *idêntica* a este último: ordenar determinados segmentos da atividade estatal, conforme determinada política de gestão setorial.

Essa nova função enseja duas graves consequências, do ponto de vista do Estado Democrático de Direito: *(a)* a equiparação da estrutura normativa do ilícito *penal* ao *administrativo*, enquanto ato de mera desobediência à regulação de setores da atividade estatal, eticamente neutro e independente de ofensividade concreta ou imputabilidade a pessoa determinada; *(b)* a incorporação pelo Direito Penal da flexibilização dos critérios de atribuição de responsabilidade característica do Direito Administrativo Sancionador.

Os dois principais vetores político-criminais que pautam essa mutação estão relacionados: *(a)* à introdução de novos objetos de tutela jurídico-penal; *(b)* à antecipação da intervenção penal.

Nesse contexto, há abandono do paradigma liberal-clássico de Direito Processual Penal, baseado na imputação de crimes de natureza *material* (ou *de resultado*), a exigir *comprovação empírica* em Juízo de *relação causal* entre conduta humana e *dano* a bem jurídico *conceitualmente preciso* e de *titularidade individual*.

Por razões de ordem pragmática ou utilitarista ora há nítida tendência à adoção de novo paradigma, consistente na imputação de crimes econômico-financeiros de cariz *formal* e *de perigo presumido* a bem jurídico *conceitualmente impreciso* e *de titularidade coletiva* – relacionado a *políticas públicas* e *funções administrativas* estatais de gestão, controle ou regulação de determinado setor da Economia (v.g. *Ordem Econômica*; *regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional* etc.).

Tal conjuntura é agravada pela própria geometria normativa variável característica do Direito Penal Econômico, repleta de: *(a) elementos normativos* que remetem a conceitos altamente imprecisos e subjetivos (v.g. "gestão temerária de instituição financeira"); *(b) normas penais em branco* complementadas por conjunto assistemático de atos administrativos e normativos característico da cultura luso-romana cartorária e burocrática da Administração Pública, inexpugnável pelo cidadão comum (v.g. "sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes").

Assim, é lícito concluir que a satisfação do ônus de provar o fato econômico-financeiro típico, ilícito e culpável pela parte acusadora é sobremaneira

facilitada, à míngua da necessidade da *demonstração empírica* de: *(a)* tipicidade *material* da conduta do acusado; *(b) relação causal* entre tal conduta e *dano* a bem jurídico *conceitualmente preciso* e *específico*; *(c) vítima individualizada.*[47]

Outra consequência prática é que a refutação desses aspectos da imputação pela Defesa técnica do acusado constitui verdadeira *probatio diabolica*, porquanto é impossível a demonstração empírica da ausência de lesão ao bem jurídico-penal.

Assim, é lícito supor que a estrutura das normas penais incriminadoras na esfera econômico-financeira tem como principal *raison d'être* político-criminal a solução de problemas processuais penais, pela eliminação de circunstâncias elementares do tipo penal de difícil comprovação empírica em Juízo.[48]

De fato, já se fala de hodierna estratégia político-criminal voltada ao generalizado e maciço *empobrecimento da tipicidade* ("impoverimento della fattispecie"), cuja comprovação em Juízo se torna empiricamente *impossível* à míngua de determinação, materialidade e ofensividade da conduta incriminada – a qual é esvaziada de qualquer *conteúdo essencial.*[49]

11. SEGUE: PROVA TECNOCRÁTICA E SUBSEQUENTE LIMITAÇÃO PRÁTICA (DE FATO) DA LIBERDADE DE VALORAÇÃO PROBATÓRIA PELO JUIZ

Outra característica digna de nota é a primazia do meio de prova pericial sobre os demais, tratando-se da verdadeira *rainha das provas* (*regina probatorum*) do processo penal aplicado aos crimes econômico-financeiros.[50]

Isso porque tal meio probatório permite a "decodificação" ou "tradução" de determinada operação bursátil, financeira, fiscal, mercantil etc. – em regra de alta complexidade e, portanto, incompreensível para o operador jurídico – pelo perito para o Juiz e as partes processuais.

47. MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/86. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 91. p. 367-391. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2011.

48. Nesse sentido: VOLK, Klaus, Criminalità economica: Problemi criminologici, politico-criminali e dommatici. *Sistema penale e criminalità economica: I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998. p. 29-59.

49. D'ASCOLA, Vincenzo Nico. *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova": Strutture in transformazione del diritto e del processo penale*. Reggio Calabria, Iiriti Ed., 2008.

50. AMODIO, Ennio. Op. cit., p. 1501-1503.

Tal circunstância gera duplo efeito: *(a)* por um lado, ela *facilita* a atividade de valoração judicial da prova pericial, quando se manifestar tendência – ainda que inconsciente – de o Magistrado acatar na íntegra o juízo de valor sobre os fatos feito pelo experto, à míngua do cabedal de conhecimento técnico próprio que lhe permita questionar as premissas e conclusões periciais; *(b)* por outro flanco, ela também dificulta sobremaneira eventual tentativa judicial de *rejeição* (art. 182 do Código de Processo Penal) ou *valoração crítica* do laudo pericial oficial (especialmente quando inexistir contraprova pericial defensiva, na forma de parecer técnico particular), pela natural dificuldade de o Juiz compreender o complexo fato econômico-financeiro imputado e suas nuanças.

Circunstância agravante é o fato de a prova pericial do fato econômico-financeiro em regra ser produzida na fase da investigação preliminar, de forma unilateral, sendo submetida somente ao contraditório do acusado *sobre o elemento de prova* (*contraddittorio sull'elemento di prova*). Trata-se de mitigação dessa garantia, porquanto reduzida aos aspectos argumentativos do fenômeno probatório.[51]

No plano da *valoração* do resultado da prova, é lícito supor que o precitado fenômeno do *duplo binário* tende a fazer com que o Juiz se renda ao juízo de valor sobre o fato econômico-financeiro previamente feito em sede administrativo-sancionadora.

Isso devido a uma série de fatores, relacionados: *(a)* a razões de economia processual; *(b)* à presunção de legitimidade dos atos administrativos sancionadores; *(c)* a dificuldades técnicas de se viabilizar em Juízo uma reavaliação crítica do percurso lógico-probatório percorrido pela Administração Pública e acatado pela parte processual acusadora.

Logo, nos crimes econômico-financeiros há também significativa limitação *prática* (*de fato*) da liberdade de valoração probatória pelo Juiz criminal.[52]

Com efeito, o caso penal em regra ostenta grau tão significativo de *complexidade* e *sofisticação técnica* que o torna compreensível somente pelos particulares que atuam profissionalmente naquele nicho da economia e servidores especializados no controle, fiscalização e regulação administrativa do sobredito nicho.

Assim, há um consequente esvaziamento da possibilidade de *constatação empírica* do caso no Juízo criminal.[53]

---

51. UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penale europea: Le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina, 2000. p. 57.

52. AMODIO, Ennio. Op. cit., p. 1501-1503.

53. Nesse sentido: AROCENA, Gustavo, BALCARCE, Fabián. Op. cit., p. 83.

Além disso, na formação de seu convencimento sobre o fato econômico-financeiro imputado o Magistrado em regra não pode se valer das chamadas *regras de experiência comum* (art. 335 do Estatuto Processual Civil).

Estas decorrem da convicção pessoal do Juiz – decorrente de sua formação acadêmica, cultural, intelectual e técnica, além da sua bagagem de vivências pessoais e profissionais – acerca daquilo normalmente acontece em determinado contexto das relações sociais.

Trata-se de versão personificada da *cultura média*, do *senso comum* ou da constelação de concepções que constituem o *patrimônio cultural difuso* do contexto espaço-temporal em que o julgador está inserido – sendo enunciada na forma de *regras tendencialmente gerais*.[54]

Com relação ao fato econômico-financeiro, contudo, o Juiz em regra não possui regras dessa natureza que possam socorrê-lo.

Para tanto, basta se atinar para o exemplo do ilícito penal praticado no contexto da gestão financeira cotidiana de grande conglomerado empresarial multinacional. Nesse caso, trata-se de realidade social completamente estranha ao conjunto de experiências pessoais e profissionais do Magistrado, inexistindo qualquer percepção pessoal acerca do que ordinariamente acontece.

Assim, *na prática* o julgador se torna dependente do juízo de valor pericial para poder formar seu convencimento sobre a culpa ou inocência do acusado.

Vale dizer: há grau tão intenso de ingerência administrativa que ela é praticamente excludente de qualquer atividade jurisdicional de valoração do fato econômico-financeiro penalmente relevante.

O Poder Judiciário acaba atuando como espécie de *peneira* da atividade administrativa ao selecionar, a partir do produto final desta última, os subsídios necessários à adjudicação do caso penal.[55]

Portanto, na persecução penal de crimes econômico-financeiros há nítida potencialização de fenômenos denominados por Bernd Schünemann de *efeito inércia (ou perseverança)* e *busca seletiva de informações*.

Tal autor parte da teoria da *dissonância cognitiva* de Leon Festinger, segundo a qual o ser humano tende a procurar atingir relação de equilíbrio entre seu conhecimento e opiniões. Na hipótese da superveniência de *dissonância*

54. TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle massime d'esperienza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. n. 02. p. 551-569. Milano, giu. 2009.

55. Nesse sentido: AROCENA, Gustavo, BALCARCE, Fabián. Op. cit., p. 29 e ss.

cognitiva, portanto, o indivíduo tende a buscar reequilibrar seu próprio sistema cognitivo pela via da supressão das contradições.[56]

Assim, o fato de o Juiz tomar conhecimento do teor da investigação preliminar e emitir sucessivos juízos de valor sobre os fatos em julgamento (v.g. ao decretar tutelas cautelares; exercer juízo de admissibilidade positivo da peça inaugural acusatória; protagonizar a produção probatória em Juízo etc.) tende a acionar *mecanismo de autoconfirmação das hipóteses judiciais.*

Ou seja: o julgador, ao encampar como correta aquela versão dos fatos emergente da investigação preliminar, se torna incapaz de processar informações de forma adequada à valoração imparcial dos fatos – tendendo a superestimar sistematicamente os elementos probatórios que confirmam tal versão, e subestimar os demais (*efeito inércia (ou perseverança)*).

Por outro flanco, o Magistrado tende a procurar institivamente elementos probatórios que corroborem a hipótese previamente adotada, ou mesmo aqueles que a desmintam, desde que eles sejam facilmente rejeitáveis pelo raciocínio judicial (*busca seletiva de informações*).[57]

Também há o risco de a convicção do Juiz acerca do caso penal sofrer perigosa influência de generalizações, estereótipos, mitos, preconceitos, ideias hauridas do senso comum teórico sobre a criminalidade econômico-financeira (*everyday theories*) etc.

Cuida-se de generalizações espúrias, porquanto consistem em deturpação do conceito de *regras de experiência comum*, destituída de qualquer embasamento científico ou empírico.

Nesse caso, não se sabe: *(a)* por quem a experiência foi protagonizada; *(b)* quem originalmente formulou a regra geral invocada pelo Juiz; *(c)* qual foi a base cognitiva para tal formulação; *(d)* quantos casos concretos foram considerados para se urdir a sobredita regra; *(e)* qual é a margem de erro na aplicação da regra em apreço.[58]

Por exemplo: decisões judiciais condenatórias por ilícito econômico-financeiro sem qualquer lastro em elementos de prova sobre a autoria delitiva, a pretexto do seguinte *mito*: a suposta *onipresença* e *onisciência* de todos os

56. FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford: Stanford University Press, 1957.

57. SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 205-221.

58. TARUFFO, Michele. Op. cit., pp. 557 e ss.

sócios-administradores de sociedade empresária com relação a qualquer fato envolvendo esta última.

12. SEGUE: AUXÍLIO DIRETO

Como a criminalidade econômico-financeira muitas vezes tem natureza transfronteiriça, não é incomum que as partes requeiram a prática de ato processual penal em território estrangeiro.

Com a constatação da natureza burocrática e morosa dos mecanismos tradicionais de cooperação jurídica internacional (v.g. cartas rogatórias), vem crescendo a importância da modalidade do *auxílio direto*.

Este último é espécie de cooperação jurídica internacional cuja nota distintiva é o fato de ser feito entre as respectivas *autoridades centrais* de países signatários de convenções internacionais com previsão para tanto – as quais encaminham o pedido de cooperação ao órgão competente para ajuizar a respectiva demanda, que é *processada e julgada pelo Poder Judiciário do Estado requerido como se fosse originária deste*.[59]

O objeto da cooperação pode ser a prática de ato de comunicação processual (citações; intimações; notificações), ato de instrução processual (v.g. produção de prova testemunhal), medida cautelar de cariz probatório (v.g. afastamento de sigilo de dados financeiros), medida assecuratória (v.g. arresto de bens) etc.[60]

O auxílio direto comporta duas espécies: *(a) passivo*: trata-se de pedido de cooperação dirigido por autoridade central de Estado estrangeiro à autoridade central brasileira (em regra, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) do Ministério da Justiça[61]), que

59. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de recuperação de ativos e cooperação jurídica internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: Cooperação em matéria penal*. 3. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 41 e ss.

60. Devido à temática central deste artigo não se irá abordar os pedidos de *auxílio direto* cujo objeto é a prática de ato administrativo que dispensa autorização judicial prévia (v.g. oitiva de suspeito pela polícia judiciária).

61. A Procuradoria-Geral da República figura como *autoridade central* nos Acordos de Assistência Judiciária em Matéria Penal firmados com os Governos da República Portuguesa (Dec. 1.320/1994) e do Canadá (Dec. 6.747/2009). O Departamento de Estrangeiros (Deest) do Ministério da Justiça, por sua vez, figura como *autoridade central* nos pedidos de cooperação jurídica internacional que têm por objeto expul-

após o encaminha à Assessoria de Cooperação Jurídica Internacional (ASCJI) da Procuradoria-Geral da República, para fins da subsequente distribuição ao órgão de execução do Ministério Público Federal com atribuição para formular o pedido perante o Poder Judiciário brasileiro; *(b) ativo*: cuida-se de pedido formulado pela parte de processo criminal no Brasil ao Juiz Natural da causa, que o envia à autoridade central brasileira, para posterior encaminhamento ao órgão congênere estrangeiro.

A previsão legal se encontra no art. 7.°, parágrafo único, da Res. 09/2005 do Superior Tribunal de Justiça: "Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto."[62]

Cabe mencionar alguns princípios que regem a cooperação jurídica internacional na modalidade do auxílio direto: *(a) especialidade*: a admissibilidade das provas obtidas é circunscrita àquele procedimento criminal especificado no bojo do pedido de cooperação, sendo proibido seu compartilhamento com procedimentos diversos (exceto se houver autorização expressa do Estado requerido para tanto); *(b) dupla incriminação*: o processamento do pedido de auxílio direto é condicionado à incriminação da conduta especificada nesse pedido pelo Estado requerido.

De uma forma geral, nota-se que o teor dos tratados bilaterais de cooperação jurídica internacional em matéria penal decorre de perspectiva legislativa vocacionada quase que exclusivamente à tutela do poder punitivo do Estado.

Com efeito, são raros ou inexistentes dispositivos desses tratados que prevejam garantias do acusado.

Tal omissão pode ensejar significativa assimetria entre os respectivos poderes das partes processuais penais, comprometendo o núcleo essencial do direito fundamental do acusado ao julgamento justo (*fair trial*).

Por exemplo: na prática forense é relativamente comum o uso do acordo bilateral de cooperação jurídica internacional em matéria penal firmado entre

são, extradição, deportação ou transferências de cidadãos estrangeiros condenados (art. 9.°, II e III, do Dec. 6.061/2007).

62. À míngua de tratado de cooperação jurídica em matéria penal, é obrigatório o trâmite do pedido pela via diplomática, o qual é regulamentado pela Portaria Interministerial 501/2012, do Ministério da Justiça e do Ministério das Relações Exteriores.

Brasil e Estados Unidos da América, o denominado *Mutual Legal Assistance Treaty* (ou *MLAT*), promulgado pelo Dec. 3.810/2001.

Ocorre que a autoridade central norte-americana (o Advogado-Geral da União (*United States Attorney General*), que chefia o Departamento de Justiça (*United States Department of Justice*, ou *DoJ*)) se recusa a cumprir aqueles pedidos de auxílio direto que tenham por objeto a produção de prova defensiva, ao argumento de que como se trata de tratado firmado entre Estados, ele só abrange a produção daquelas provas requeridas por órgãos estatais (Poder Judiciário e Ministério Público).

Além disso, a sobredita autoridade central também entende que a celebração do acordo bilateral de cooperação jurídica em matéria penal pela via do auxílio direto tornou inoperante a via da carta rogatória.

Assim, caso a Defesa técnica do acusado intencione a produção de prova testemunhal cuja fonte esteja em território norte-americano, na prática ela terá uma única saída: providenciar, por sua própria conta e risco, a colheita desse testemunho via procedimento conhecido no ordenamento jurídico estadunidense como *deposition*.

Este último é regulamentado pelo art. 15 das *Federal Rules of Criminal Procedure*, consistindo em autorização judicial para que uma das partes processuais penais proceda à produção antecipada de prova oral, cujo objetivo é preservar esse elemento de prova para o subsequente julgamento.[63]

O fundamento jurídico para essa autorização judicial é haver circunstâncias excepcionais (*exceptional circumstances*) a autorizá-lo e esse ato ser praticado no interesse da justiça (*in the interest of justice*).

Tal ato de produção antecipada de prova é praticado sem a presença do Juiz e fora das dependências Tribunal, presentes somente um servidor judiciário (*court reporter*) – que colhe o compromisso legal de dizer a verdade do depo-

63. Tal instituto integra conjunto mais amplo de procedimentos de produção antecipada de prova preparatórios do julgamento, denominados *discovery proceedings*. Sua função precípua é assegurar a *isonomia* de informações acessíveis às partes processuais penais, de sorte a assegurar a *previsibilidade* e *justiça* do julgamento. Ademais disso, tais procedimentos também contribuem para a correção do veredito, ao assegurar elementos probatórios mais confiáveis e fidedignos. Por fim, os procedimentos em apreço permitem às partes fazer prognósticos acerca do veredito e, por conseguinte, tomar decisões estratégico-processuais mais bem informadas (v.g. celebrar ou não acordo de aplicação da pena com dispensa do julgamento). Sobre tais procedimentos, ver: CORKER, David. *Disclosure in criminal proceedings*. London: Oxford University Press, 2009.

ente e procede à transcrição oficial de suas declarações (via tecnologia digital ou estenográfica) – e os Advogados das partes.

Esse procedimento possui natureza *contraditória*, porquanto a parte requerente precisa notificar por escrito e com antecedência razoável a parte adversa, informando-lhe data e localidade do depoimento, além do nome e endereço do depoente. Durante a produção da prova, as partes podem submeter o depoente aos exames direto e cruzado, nos mesmos moldes preconizados durante o julgamento.

No caso de prova requerida pela Defesa técnica, cabe a ela arcar com 100% dos custos decorrentes desse procedimento (tradução juramentada de peças processuais; honorários do Advogado norte-americano; custas judiciárias decorrentes da transcrição do depoimento etc.).

Considerando que a vasta maioria da clientela preferencial do sistema penal brasileiro não tem condições econômicas sequer para contratar assistência jurídica qualificada no local da tramitação do processo criminal, que dirá nos Estados Unidos da América.

Logo, a atual conformação jurídica do auxílio direto entre Brasil e Estados Unidos da América vulnera o núcleo essencial do direito fundamental à prova defensiva.[64]

Urge mudança de perspectiva, em favor de concepção segundo a qual os direitos fundamentais do acusado exerçam o papel de *limites* à cooperação jurídica internacional em matéria penal. Vale dizer: o acusado não pode ser considerado *objeto* da sobredita cooperação, e sim *sujeito processual* titular das garantias inerentes ao devido processo legal.[65]

13. SEGUE: BAIXO GRAU DE DENSIDADE CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL

No Brasil se percebe claramente que uma das principais características do processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira é o seu baixo grau de densidade constitucional e convencional.

Vale dizer: o arcabouço legislativo (*Law in books*) e as práticas e procedimentos persecutórios cotidianos (*Law in action*) tendem a desprezar solene-

64. MÜLLER, Ilana. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal e seus reflexos no direito à prova no processo penal brasileiro*. Tese de doutorado apresentada à Universidade de São Paulo (2013). p. 136 e ss.

65. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. *Revista de Processo*. vol. 81. p. 160-177. São Paulo, jan.-mar. 1996.

mente o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, o sistema internacional de direitos humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Um exemplo paradigmático é o art. 30 da Lei 7.492/1986, que dispõe o seguinte: "(...) a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada."

Ocorre que a *magnitude da lesão causada ao Sistema Financeiro Nacional* é fundamento da prisão preventiva manifestamente incompatível com nosso ordenamento jurídico-constitucional e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A garantia da presunção de inocência finca as suas raízes históricas na Revolução Francesa, sendo originária de reação política à presunção de culpabilidade que norteava o aparato repressivo autoritário do *Ancien Régime*.

Este último presumia de antemão a culpa do acusado, atribuindo a ele o ônus de comprovar sua própria inocência. Caso não fosse possível emitir juízo de valor conclusivo sobre a culpa ou inocência do acusado, este ficava sujeito à *pena extraordinária* ou à suspensão do processo criminal, até que surgissem provas definitivas.[66]

Nesse contexto histórico-social veio à baila a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo art. 9.º consagrou a garantia da presunção de inocência: "Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable".

A concepção política subjacente ao processo penal estruturado de acordo com a presunção de inocência privilegia a tutela do acusado ante o poder punitivo, ainda que ao custo social da eventual impunidade do culpado.[67]

Esse direito fundamental foi ratificado pelo art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Brasil, o qual dispõe que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Na sua dimensão de *regra de tratamento do acusado*, a presunção de inocência impõe a liberdade ambulatória do acusado como sendo *regra* no decorrer

66. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Revista do Advogado*. n. 42. p. 30-34. São Paulo, abr. 1994.

67. GAROFOLI, Vincenzo. Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza: La fungibilità delle due formulazioni. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. vol. 41. n. 04. p. 1168-1200. Milano, ott.-dic. 1998.

da persecução penal. Por conseguinte, a prisão processual é *medida cautelar* de natureza *excepcional* (*ultima ratio*), cabível quando ela for *estritamente necessária* para resguardar os fins do próprio processo criminal, desde que presentes seus pressupostos legais.[68]

Nesse contexto é manifestamente *ilegítimo* o emprego da prisão processual com quaisquer finalidades *substantivas* ou *penais*, notadamente: *(a)* as exclusivas da prisão-pena (*prevenção geral* e *especial*); *(b)* as de caráter simbólico ou midiático (v.g. prestação de contas à opinião pública etc.).

Quanto ao direito fundamental à liberdade pessoal, há remansosa jurisprudência da Corte de São José da Costa Rica impondo significativos *limites* ao emprego casuístico da prisão processual, a exemplo das sentenças proferidas nos *casos* Súarez Rosero *vs.* Equador,[69] López Álvarez *vs.* Honduras[70] etc.

Essa jurisprudência veio a ser consolidada no Informe 35/2007, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que sistematizou os limites à prisão processual.[71]

Quanto às circunstâncias que legitimam a decretação da prisão processual, a Comissão as circunscreve àquelas finalidades estritamente *processuais*, ligadas à *aplicação da lei penal* ou *garantia da investigação ou prova dos fatos imputados* (§ 81).

Importante salientar que a Comissão considera *ilegítimas* quaisquer circunstâncias autorizadoras da prisão processual que tenham caráter *substantivo*, ou seja, que lhe atribuam caráter de *prisão-pena*, tais como: "periculosidade do acusado"; "possibilidade de reiteração delitiva"; "repercussão social dos fatos" etc.

---

68. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

69. CIDH, caso Súarez Rosero *vs.* Equador, Sentença de 12.11.1997 (mérito). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf]. Acesso em: 15.01.2015.

70. CIDH, caso López Álvarez *vs.* Honduras, Sentença de 01.02.2006 (mérito). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf]. Acesso em: 15.01.2015.

71. Para um aprofundamento desse ponto, ver: MALAN, Diogo. Prisão processual: limites no sistema interamericano de direitos humanos. In: PEDRINHA, Roberta Duboc; FERNANDES, Márcia Adriana (orgs.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 333-346.

Tais circunstâncias se baseiam em critérios de Direito Penal material, próprios da resposta punitiva, e não processuais. Cuida-se de circunstâncias baseadas na valoração de fatos pretéritos – sem qualquer correspondência com as finalidades das *medidas cautelares processuais penais*, sempre vinculadas aos fins da investigação ou do processo criminal (§ 84).

Assim, é lícito concluir que o art. 30 da Lei 7.492/1986 é materialmente inconstitucional, porquanto instituiu *presunção de culpabilidade* como regra de tratamento do acusado de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, autorizando sua prisão como instrumento de punição antecipada.

Diversos outros exemplos poderiam ser igualmente colacionados: *(a)* o Dec.-lei 3.240/1941, que remanesce sendo aplicado para pretextar o sequestro *universal* dos bens de acusado de crime contra a Ordem Tributária, sem sequer haver sequer discriminação desses bens ou demonstração de que eles constituem *proventos* de delito; *(b)* o art. 2.°, § 2.°, da Lei 9.613/1998, que permite o julgamento *in absentia* do acusado de lavagem de capitais que for citado por edital mas não comparecer, nem constituir Advogado – algo que não é tolerado no Brasil desde o advento da Lei 9.271/1996; *(c)* o art. 4.°, § 2.°, da Lei 9.613/1998, que almejou instituir inversão do ônus da prova quanto à licitude dos bens do acusado de lavagem de dinheiro – decorrente de inconstitucional *presunção de culpabilidade* como regra de tratamento do acusado, da qual decorre igualmente inconstitucional *presunção de ilicitude na origem dos seus bens* etc.

14. CONCLUSÃO

A problemática da persecução penal dos crimes de cariz econômico-financeiro vivencia situação de ostracismo no meio acadêmico brasileiro.

Ao que tudo indica os Professores de Direito Penal Econômico não têm se dedicado aos seus desdobramentos processuais penais, ao passo que os Professores de Direito Processual Penal remanescem pesquisando seu objeto de estudo na perspectiva da criminalidade de massas (tradicional).

Os poucos trabalhos doutrinários que tangenciam o tema do presente estudo[72] tendem a ter cariz mais interpretativo de institutos dogmáticos especí-

72. Com esse enfoque, ver: GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles. *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*. Madrid: Colex, 2000; VILARDI, Celso et al (coords.). *Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ficos, mas não discussão sobre questões de natureza mais teórico-conceitual e sistêmica, por exemplo: *(a)* é possível se falar hoje em um *Direito Penal Econômico Processual*, enquanto ramo do saber jurídico *autônomo* com relação ao Direito Processual Penal tradicional? *(b)* existe tal autonomia nos planos legislativo, científico e/ou acadêmico? *(c)* há princípios próprios do Direito Penal Econômico Processual? *(d)* deve o sistema processual penal brasileiro conter em seu bojo um subsistema específico, voltado para a persecução da criminalidade econômico-financeira? *(e)* quais devem ser os critérios político-criminais para se proceder à essa possível diversificação sistêmica?

O presente estudo, longe de apresentar respostas prontas a todas essas questões, almeja somente servir como *provocação* e *ponto de partida* para o aprofundamento desse relevante debate por parte da qualificada comunidade acadêmica brasileira.

Procurou-se demonstrar que – ainda que se adote a perspectiva teórica da sua ausência de *autonomia legislativa*, *científica* e *acadêmica*, com relação ao Processo Penal tradicional – o Direito Processual Penal aplicado à criminalidade econômico-financeira decerto apresenta significativas peculiaridades, não só nos planos *dogmático*, *legislativo* e *normativo*, como também na própria dinâmica das práticas e procedimentos persecutórios do sistema de administração da justiça criminal (*Law in action*).

Destarte, é pertinente o debate político-criminal acerca da necessidade da criação de subsistema processual penal específico voltado à criminalidade econômico-financeira, em razão de todas as precitadas peculiaridades desta última.

Não obstante, ainda mais importante do que debater a sobredita criação é definir qual é o *tipo de diversificação sistêmica processual penal tolerável*, à luz dos valores que informam o Estado Democrático de Direito – tema que infelizmente foge ao recorte do presente estudo.

Indiscutível é que essa diferenciação não pode, à luz de qualquer concepção civilizada acerca do devido processo penal, ser feita à custa do sacrifício das garantias que integram o direito ao julgamento justo (*fair trial*) no altar da defesa social contra a criminalidade econômico-financeira.[73]

---

73. Nesse sentido: ECHARRI CASI, Fermín Javier, GONZÁLEZ GARCÍA, Santiago. Op. cit., pp. 62 e ss.; GREVI, Vittorio. Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzatta: Un primo bilancio. In: _____ (org.). *Processo penale e criminalità organizzata*. Bari: Laterza, 1993. p. 03-42; LATANZI, Giorgio. Sui principi e sulla realtà del processo penale. *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 157-166.

15. BIBLIOGRAFIA

AMODIO, Ennio. I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale. *In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. vol. 51. p. 1496-1506. Milano, ott.-dic. 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral). In: MONTE, Mário Ferreira e et al (coords.). *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 525-551.

AROCENA, Gustavo; BALCARCE, Fabián. *Derecho penal económico procesal: Lineamientos para la construcción de una teoría general*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

BADARÓ, Gustavo. *Garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese de Livre-Docência apresentada à Universidade de São Paulo (2010).

BATISTA, Nilo. A criminalização da advocacia. *Revista de Estudos Criminais*. n. 20. p. 85-91. Porto Alegre, out.-dez. 2005.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de recuperação de ativos e cooperação jurídica internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: Cooperação em matéria penal*. 3. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

_____. Ministério da Justiça. Departamento de Polícia Federal. Coordenação-Geral Central de Polícia. Divisão de Repressão ao Crime Organizado e Inquéritos Especiais. *Manual de procedimentos e legislação*. Brasília: Ministério da Justiça, 2001.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

CORKER, David. *Disclosure in criminal proceedings*. London: Oxford University Press, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Coutinho, CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista de Estudos Criminais*. n. 22. p. 75-84. Porto Alegre, abr.-jun. 2006.

D'ASCOLA, Vincenzo Nico. *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova": Strutture in transformazione del diritto e del processo penale*. Reggio Calabria, Iiriti Ed., 2008.

DENCKER, Friedrich. Criminalidad organizada y procedimiento penal. *Nueva Doctrina Penal*. n. B. p. 479-494. 1998.

ECHARRI CASI, Fermín Javier; GONZÁLEZ GARCÍA, Santiago. *Aspectos procesales de la delincuencia económica*. Bogotá: Ibañez, 2005.

ESTELLITA, Heloísa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LANGBEIN, John. On the myth of written constitutions: The disappearance of criminal jury trial. *Harvard Journal of Law and Public Policy*. n. 15. p. 119-128. Cambridge, 1992.

LATANZI, Giorgio. Sui principi e sulla realtà del processo penale. *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 157-166.

MALAN, Diogo. Prisão processual: limites no sistema interamericano de direitos humanos. In: PEDRINHA, Roberta Duboc; FERNANDES, Márcia Adriana (orgs.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 333-346.

_____. Prisão temporária. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coords.). *Setenta anos do Código de Processo Penal brasileiro: Balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 73-109.

_____. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/86. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 91. p. 367-391. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2011.

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

MÜLLER, Ilana. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal e seus reflexos no direito à prova no processo penal brasileiro*. Tese de doutorado apresentada à Universidade de São Paulo (2013).

NOBILI, Massimo. Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale, In: MOCCIA, Sergio (org.). *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999. p. 223-241.

PASTOR, Daniel. *Recodificación penal y principio de reserva de código*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

_____. ¿Es conveniente la aplicación del proceso penal "convencional" a los delitos "no convencionales"? In: MAIER, Julio (org.). *Delitos no convencionales*. Buenos Aires: Del Puerto, 1994. p. 269-301.

POZUELO PÉREZ, Laura. *La política criminal mediática*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. Da lei de controle do crime organizado: crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 125-137.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 205-221.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Montevideo: Editorial B de F, 2008.

TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle massime d'esperienza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. n. 02. p. 551-569. Milano, giu. 2009.

UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penale europea: Le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina, 2000.

VILARDI, Celso et al (coords.). *Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.

VOLK, Klaus, Criminalità economica: Problemi criminologici, politico-criminali e dommatici. *Sistema penale e criminalità economica: I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998. p. 29-59.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A inconstitucionalidade de normas específicas do concurso de pessoas na legislação penal especial econômica, de Marcos Daniel Veltrini Ticianelli – *RCP* 9/263, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/289 (DTR\2011\2167);
- Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?, de Miguel Reale Júnior – *RBCCrim* 28/116, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 8/747, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/647 (DTR\1999\445);
- Mecanismos penais para controle dos crimes contra a administração pública e do abuso do poder econômico no direito brasileiro, de Edmundo Oliveira – *RBCCrim* 1/87, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/33 (DTR\1993\10);
- Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação, de Rodrigo Sánchez Rios – *RT* 775/432-448, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 2/261-282 (DTR\2000\275);
- Responsabilidade da lei de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, de Luiz Fabião Guasque – *RT* 717/506-512, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 2/737-747 (DTR\1995\339); e
- Tipicidade no direito penal econômico, de Heloisa Estellita Salomão – *RT* 725/407, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 2/153-174 (DTR\1996\124).

MALAN, Diogo. Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 279-320. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

Problemas e estratégias da consultoria de *compliance* em empresas

Problems and strategies of compliance *consulting in corporations*

Imme Roxin
Doutora pela Universidade Albert-Ludwig, Freiburg. Advogada.

Traduzido por
Augusto Assis
LL.M. pela Universidade Ludwig-Maximilian, Munique. Doutorando na mesma instituição.

Área do Direito: Penal; Processual; Comercial/Empresarial

Resumo: O texto analisa diversas estratégias para a condução de uma consultoria de *criminal compliance*. O artigo aborda especialmente os pontos de tensão existentes entre os interesses da empresa, contratante do *compliance*, e os interesses dos funcionários suspeitos de terem praticado algum ilícito penal.

Palavras-chave: *Criminal compliance* - Princípio do *nemo tenetur* - Proibição de valoração de provas - Criminalidade de empresa - Direito processual penal.

Abstract: The text analyzes a row of strategies for the conduction of a criminal compliance consulting procedure. The paper concentrates particularly in the existing conflictive points among the interests of the company, those of the parties seeking compliance advice, and those of the employees suspected of committing a crime.

Keywords: Criminal compliance - *Nemo tenetur principle* - Non admissible proves - Corporate criminality - Criminal procedure.

Sumário: A. Introdução - B. O objetivo de uma consultoria de *compliance* - C. O procedimento de uma consultoria de *compliance* - D. Os problemas de uma operação de *compliance* - E. As motivações que conduzem a uma consultoria de *compliance* na empresa - F. Cooperação com o Ministério Público mesmo sem uma suspeita inicial dos órgãos de justiça? - G. Possibilidades de solução: 1. Dever trabalhista de informação?; 2. Como fica o dever de esclarecimento dos advogados de *compliance* nos interrogatórios dos funcionários?; 3. Proibição de valoração das provas obtidas através de declarações dos funcionários concedidas sem o prévio esclarecimento; 4. A tese n. 3 da Câmara Federal de Advogados alemã é capaz de equilibrar os interesses, divergentes entre si, dos empregadores e empregados?; 5. A minha proposta de solução.

Roxin, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. Trad. Augusto Assis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 321-339. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

A. INTRODUÇÃO

Compliance significa o seguimento de regras jurídicas e éticas. O programa de *compliance* em empresas pode estender-se a todas as áreas do direito. Na minha palestra[N.T.1] eu quero tratar apenas do *criminal compliance*, na forma em que ele se tornou conhecido atráves dos grandes e espetaculares julgamentos da Siemens, da MAN e da Ferrostal. Todo aquele que presta serviço de *compliance* ou que por outro lado defende sócios, diretores ou gerentes que estão sendo processados em decorrência de uma operação de *compliance* tem conhecimento dos dois lados da moeda do *compliance*. Nas estratégias que eu formularei a seguir, tentarei levar estes dois lados em conta, para conduzí-los a um equilíbrio. Para desenvolver estratégias da operação de *compliance* é necessário primeiramente refletir sobre a finalidade do *compliance*; então sobre os problemas que surgem na persecução desta finalidade; para por fim buscar soluções que possibilitem o alcance desta, a despeito das dificuldades existentes.

B. O OBJETIVO DE UMA CONSULTORIA DE COMPLIANCE

Os responsáveis pelo *compliance* devem instalar na empresa um conceito sistemático para garantir a prática de condutas conformes às regras.[1] No âmbito do *criminal compliance*, tal sistema deve evitar a prática de delitos, especialmente de condutas corruptoras. Para alcançar esta finalidade, é importante que o *compliance* não seja contratado apenas pela cúpula da empresa. O conselho fiscal deve ser incluído. Segundo o § 111 da Aktiengesetz,[N.T.2] ele tem a obrigação de fiscalizar a diretoria da empresa; o que também abarca o seu envolvimento no sistema de *compliance*.[2] Compreensivelmente, a cúpula da empresa tem como interesse prioritário evitar a sua própria responsabilização. Rotsch alerta, com razão, que a finalidade frequentemente conferida ao *criminal compliance*, evitar responsabilizações, é insuficiente. Afinal, ela contém o risco de tornar-se uma mera transferência de responsabilidade, nomeadamente

N.T.1 O presente texto foi proferido inicialmente como palestra em um simpósio realizado em 01.10.2011 em Passau em homenagem ao Professor Werner Beulke, que na ocasião acabara de se tornar emérito. O tema geral do seminário foi "defesa criminal – fundamentos e dificuldades".

1. Reichert, ZIS 2011, p. 114.

N.T.2 A *Aktiengesetz* é a lei alemã que regula as sociedades por ações. O dispositivo correspondente no direito brasileiro seria o art. 163 da Lei 6.404/1976.

2. Schmidt/Lutter, AktG 2. ed. 2010, § 111 nm. 9.

da cúpula diretiva para o funcionário autorresponsável.[3] Isto não é benéfico para a empresa, pois os riscos de multas, confiscos, de dano à imagem etc. são os mesmos que existiriam caso a própria cúpula tivesse sido responsabilizada.

Estratégia I: Incumbência do conselho diretor e do conselho fiscal da empresa, ou apenas do conselho fiscal.

C. O PROCEDIMENTO DE UMA CONSULTORIA DE COMPLIANCE

A finalidade de uma consultoria de *compliance*, acima definida, demanda que os consultores de *compliance* primeiramente localizem os pontos vulneráveis da empresa. Significa dizer, em quais áreas e em quais procedimentos há o risco de que sejam, ou de que já tenham sido, praticadas condutas ilícitas. Suponhamos que, surpreso com os escândalos da Siemens, o conselho diretor de uma empresa decida contratar uma consultoria de *compliance*. A primeira medida seria procurar transações atípicas nos livros de contabilidade. Para tanto, os escritórios de *compliance* costumam contratar uma das grandes companhias de auditoria, que possuem um programa capaz de analisar dados eletronicamente, com o qual conseguem identificar negócios atípicos nos livros de contabilidade. Os pagamentos identificados como atípicos são relacionados a contratos e a comprovantes de serviços, quando existentes, assim como a faturas e a ordens de pagamento. Os receptores dos pagamentos e os caminhos percorridos pelo dinheiro também são apurados. Simultaneamente, determinam-se os funcionários envolvidos nessas transações. Desde que não haja uma restrição legal decorrente da proteção de dados, investigam-se os e-mails profissionais e os arquivos eletrônicos.[4] Por fim, estes funcionários são ouvidos. Na grande maioria das vezes, os órgãos responsáveis ainda são consultados. Afinal, poderia emergir uma conduta destes órgãos que ensejasse uma pretensão de ressarcimento para a empresa.

D. OS PROBLEMAS DE UMA OPERAÇÃO DE COMPLIANCE

Os problemas que surgem durante uma operação de *compliance* são mais facilmente demonstráveis com o auxílio de um caso prático. No início das atividades de *compliance* desencadeadas pelo escândalo da Siemens não havia diretivas, teses ou padrões sobre como proceder em um interrogatório de funcionários realizado por advogados de *compliance*. Em uma ocasião, a entrevista

3. Rotsch, ZIS 2010, p. 614 e s.

4. Göpfert, Merten, Siegrist, NJW 2008, p. 1703, 1705.

foi realizada em meio a um confortável chá da tarde. O termo de declaração formulado pelos advogados de *compliance* não foi entregue ao interrogado, tampouco lhe foi solicitada uma assinatura. O interrogado não recebeu nenhum tipo de aconselhamento, mas foi informado sobre o seu dever trabalhista de colaborar. Um segundo interrogatório do mesmo funcionário, realizado um ano e meio após o primeiro, também ocorreu sem nenhum aconselhamento prévio. A entrega do termo do primeiro interrogatório, solicitada pelo interrogado antes do interrogatório, lhe foi negada. Em virtude de um comunicado das apurações na empresa, a promotoria tomou conhecimento da antiga investigação. Em uma busca, foi apreendido todo o material dos advogados de *compliance*, inclusive as atas dos interrogatórios. Um pedido de anulação da apreensão foi indeferido pelo *Landgericht*.[N.T.3] Os entrevistados tornaram-se acusados em um processo penal. É evidente que eles foram devidamente instruídos pela promotoria antes do interrogatório que foi realizado. Contudo, a promotoria também advertiu que as declarações prestadas aos advogados de *compliance* obviamente poderiam ser valoradas. A partir desse caso concreto surgem várias questões. Não conseguirei, de forma alguma, listá-las, tampouco resolvê-las integralmente:

– Como fica o princípio do *nemo tenetur*?

– Há deveres de esclarecimento e de consignação em ata dirigidos aos advogados de *compliance* quando estes interrogam funcionários ou membros dos órgãos da empresa?

– Há deveres trabalhistas de prestar informações dos funcionários interrogados?

– Há direito de não prestar informações dos advogados de *compliance* frente à promotoria em relação aos interrogatórios dos funcionários?

– É livre a apreensão referente aos documentos dos advogados de *compliance*?

– Vigora proibição de valoração dirigida às declarações dos funcionários em um processo penal nos casos de descumprimento do dever de esclarecimento?

Antes de analisar mais detidamente o problema, surge a pergunta sobre se sequer é necessário acionar o Ministério Público no âmbito de uma auditoria de *compliance*. Afinal, apenas quando há, simultânea ou subsequentemente, interrogatórios de *compliance* e atividades do Ministério Público, colocam-se os problemas acima delineados. Para esclarecer esta questão, é necessário inquirir acerca das motivações que conduzem a uma operação de *compliance*.

[N.T.3] Orgão judiciário alemão.

E. AS MOTIVAÇÕES QUE CONDUZEM A UMA CONSULTORIA DE COMPLIANCE NA EMPRESA

1. Em raras ocasiões, a empresa desencadeará uma operação de *compliance* com as vestes brancas como a neve, significa dizer, com a certeza da ausência de condutas puníveis praticadas no passado. Nenhuma empresa gastará dinheiro quando não for necessário.

2. Um motivo evidente é uma investigação conduzida pelo Ministério Público. A empresa atingida é corretamente instruída a interromper imediatamente qualquer forma de corrupção, o que é evidente por si mesmo, a sinalizar a integral disposição em colaborar com o Ministério Público e a contratar um escritório de advocacia especializado em atividades de *compliance* para apurar todas as irregularidades internas ainda não prescritas. Dessa forma, a empresa consegue um bônus com o Ministério Público, pois isto lhe poupará uma ampla ação de investigação. A contratação de tal serviço também pode possibilitar a identificação de atividades internacionais penalmente relevantes, que de outra forma não poderiam ser esclarecidas, ou que o poderiam ser apenas por intermédio das trabalhosas e demoradas cooperações internacionais.

3. Outro motivo pode ser a chegada de especulações sobre pagamentos de propina aos ouvidos da diretoria da empresa. É preciso partir do pressuposto de que os funcionários se tornaram muito sensíveis a estes aspectos desde os escândalos da Siemens. Neste caso, também dever-se-ia providenciar com urgência uma operação de *compliance* para realizar investigações internas.

4. Também uma auditoria agendada, e próxima de acontecer, pode servir de ensejo para uma operação de *compliance* deste gênero. Auditores de empresas são internamente instruídos a procurar com atenção redobrada pagamentos destinados à corrupção.[5]

5. Sahan/Berndt trouxeram recentemente outro motivo que, na sua concepção, depõe decisivamente em favor de uma operação de *compliance*:[6] A nova regulamentação da delação premiada, disposta no § 46 b do Código Penal alemão. Um funcionário acusado de apropriação indébita pode ter um incentivo considerável para confessar ao Ministério Público que na sua empresa foram cometidos atos de corrupção. Segundo a legislação atual, não é exigida para tanto uma conexão intíma entre a apropriação indébita, de que o funcionário é acusado, e os pagamentos dirigidos à corrupção. A ministra da justiça defen-

5. Sahan/Berndt, DB 2010, p. 647, 650.

6. Sahan/Berndt, DB 2010, p. 647.

deu, contudo, a alteração de tal legislação.[7] Nos casos em que o Ministério Público não possuía nenhuma suspeita em relação à empresa, mas as atividades de *compliance* fizeram emergir condutas possivelmente puníveis, deve ser ponderado se a cooperação com o Ministério Público é do interesse da empresa.

F. COOPERAÇÃO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO MESMO SEM UMA SUSPEITA INICIAL DOS ÓRGÃOS DE JUSTIÇA?

Se as atividades de *compliance* descobrirem casos de corrupção, é devida em todo caso uma declaração por escrito aos órgãos da receita. Desde que, a partir de 01.01.1999, não é mais permitido incluir os pagamentos de corrupção nas despesas operacionais da empresa na declaração fiscal,[N.T.4] estes pagamentos foram muitas vezes veladamente incluídos de diversas formas, especialmente como honorários de consultores, nos livros de contabilidade e seguiram sendo declarados como despesas da empresa. Isto é sonegação fiscal. Um diretor ou um funcionário especialmente imbuído da responsabilidade de realizar a declaração fiscal que soubessem disto teriam que entregar uma autodenúncia para, ao menos, livrarem-se da punição por sonegação fiscal (§ 371 AO).[N.T.5] A punição por corrupção e/ou infidelidade patrimonial[N.T.6] permanece, a des-

7. Em uma entrevista ao Sächsische Zeitung (jornal), publicada na edição de 28.04.2011.

N.T.4 Até a Alemanha ratificar o tratado internaconal da organização para a cooperação e desenvolvimento econômico (OCDE), tais pagamentos eram considerados lícitos.

N.T.5 AO é a abreviação de Abgabenordnung. A Abgabenordnung é a principal lei tributária alemã.

N.T.6 O termo no original é *Untreue* (§ 266 do CP alemão). Não há um tipo equivalente no direito penal brasileiro. Eu optei por adotar a tradução conferida ao termo por Luís Greco na apresentação da obra Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito de Bernd Schünemann (coordenada por Luís Greco), Marcial Pons, 2013, p. 14. Reproduzo aqui os esclarecimentos de Greco "(...) e aqui em especial importância no direito penal alemão o dispositivo do § 266 StGB, a *Untreue*, que eu propus traduzir como 'infidelidade patrimonial'. Penso que também poderia ter utilizado os termos 'deslealdade patrimonial' ou 'administração infiel ou desleal'. Bem grosseiramente esse dispositivo, próximo da nossa apropriação indébita (art. 168, CP), ou de nossos delitos de gestão fraudulenta a temerária (art. 4.°, *caput* e parágrafo único, Lei 7.492/1986), criminaliza a conduta de alguém que, juridicamente autorizado para ou faticamente em condições de dispor sobre o patrimônio alheio, que, porém, ele tem o dever de tutelar, viola esse dever e com isso produz um dano patrimonial. Noutras palavras e mais coloquialmente: o dispositivo criminaliza a produção de um dano patrimonial por quem administra, de direito ou de fato, patrimônio alheio violando o dever que lhe foi confiado".

peito disso, obviamente inalterada. Caso as pessoas referidas fiquem sabendo da fraudulenta inclusão dos pagamentos nas despesas da empresa apenas em decorrência das apurações de *compliance*, elas devem retificar imediamente as declarações fiscais incorretas (§ 153 AO).[8] De outra forma, elas se tornam puníveis por sonegação fiscal omissiva. Contudo, uma autodenúncia ou uma retificação da declaração chama a atenção da receita. A receita irá encaminhar o procedimento ao Ministério Público, medida que o § 4 item. 5 n. 10 disp. 3 do EStG[N.T.7] a obriga a tomar. A consequência provável é a instauração de um procedimento de investigação e/ou de uma busca.

Há de se reconhecer que neste caso ainda haveria a possibilidade de cooperar imediatamente com o Ministério Público e de forncer a ele os resultados já existentes das investigações internas. O bônus adicional que a autodenúncia livre das atividades corruptas feita pela empresa traria consigo, contudo, perder-se-ia. Este bônus pode trazer três formas de vantagem:

– Manter a multa à empresa, que nos temos do § 30 OWiG[N.T.8] certamente incidirá, baixa.

– O mesmo pode valer para o confisco que incindirá (§§ 29 a, 30 Abs. 4, 17 OWiG)

– O Ministério Público pode se convencer de que para o esclarecimento e para o trabalho em conjunto é muito vantajoso evitar a publicização das irregularidades, e com isso evita-se uma perda de reputação.

É necessário, portanto, concluir que é do interesse da empresa comunicar, de maneira livre, ao Ministério Público casos de corrupção descobertos por atividades de *compliance*.[9]

Estratégia II: Em casos de descoberta de delitos e especialmente de procedimentos de corrupção é recomendável que os advogados de *compliance* estabeleçam contato com o Ministério Público.

O interesse dos funcionários ou dos membros dos órgãos que estão envolvidos nos pagamentos incriminatórios é obrigatoriamente um interesse oposto, nomeadamente o de evitar uma comunicação ao Ministério Público, pois de outra forma eles se veem confrontados com um inquérito criminal. A despeito

8. Momsen, Der Betrieb, 2011, ps. 1792, 1794; Jahn/Kirsch, StV 2011, p. 151 e s.

N.T.7 EstG é a abreviação de *Einkommensteuergesetz*, cuja tradução é lei de imposto de renda.

N.T.8 OwiG é a abreviação de *Ordnungswidrigkeitengesetz*, cuja tradução é lei de ilícitos administrativos.

9. Ver sobre isso também Wybitul, BB 2009, p. 606, 610.

disso, o escritório de *compliance*, enquanto advogado da empresa, sugerirá o estabelecimento de contato com o Ministério Público, uma vez que apenas esta medida corresponde aos interesses da empresa. Ademais, como ensina a prática, quando se comunica de forma livre e se interrompem as práticas de corrupção é plenamente possível conseguir estender o bônus concedido à empresa pelo Ministério Público aos funcionários envolvidos nos pagamentos de corrupção, com a consequência do arquivamento do inquérito de acordo com o princípio da oportunidade ou da aplicação de sanções moderadas no âmbito, menos gravoso, das multas.

Estas considerações demonstraram que os interesses da empresa no âmbito do *criminal compliance* não precisam ser necessariamente iguais aos interesses do órgão diretor. Um órgão diretor que está diretamente envolvido em pagamentos incriminadores ou que tenha apenas descumprido o seu dever de vigilância ou organização previsto na § 130 OWiG fará de tudo para evitar uma operação de *compliance*. O responsável por contratar uma auditoria de *compliance* deveria ser, portanto, sempre, ainda que não exclusivamente, o conselho fiscal. No entanto, quando for do interesse da empresa cooperar com o Ministério Público, o advogado de *compliance* deve sugerir esta cooperação a quem o contratou. Com isto, os interesses dos empregadores e dos empregados encontram-se em lados opostos em relação aos problemas acima descritos.

G. POSSIBILIDADES DE SOLUÇÃO

1. Talvez fosse possível ignorar rigorosamente os problemas delineados. Afinal, os funcionários e membros dos órgãos atingidos possivelmente cometeram delitos. Esta postura ignoraria, contudo, a consequência resultante da relação conflituosa entre as investigações privadas de *compliance* e o princípio, a ser respeitado em um estado de direito, do *nemo tenetur*. A diretoria de direito penal da Câmara Federal de Advogados alemã faz corretamente referência a esta consequência no prefácio do seu artigo sobre advocacia empresarial.[10] Além disto, é duvidoso se realmente pode ser do interesse da empresa que, como ocorreu nos casos da Simens e da MAN, os esforços do *compliance* conduzam a grandes processos penais em desfavor de diversos detentores de cargos altos e de membros dos órgãos diretivos, com a consequente exposição na mídia e à demissão destas pessoas, apesar de eles em última análise não terem

10. Posicionamento do BRAK, n. 35/2010 de novembro de 2010.

se enriquecido com as práticas ilícitas, e apenas terem querido agir no interesse da empresa. Uma grande empresa talvez até seja capaz de suportar um abalo deste gênero em seu quadro funcional, mas talvez o juízo já deva ser outro no caso das empresas de médio porte, que costumam contar mais com a continuidade de seus funcionários. É apenas uma suposição, mas, como constata Rotsch, talvez esta seja, ao lado dos custos, a causa para que as empresas de médio porte, que certamente teriam motivos para temer entrar no radar do Ministério Público, não providenciem uma operação de *compliance*.[11]

Na minha concepção, para que se atinja o objetivo de agir conforme a lei no âmbito empresarial, dever-se-ia idealmente criar uma cultura empresarial que preze pela fidelidade ao direito e que seja levada a cabo por todos os membros da empresa na mesma medida.[12] Isto, por sua vez, apenas é possível quando as medidas de *compliance* não forem implementadas pela direção da empresa sem que se levem em conta os funcionários.[13] É necessário, portanto, buscar desenvolver estratégias que integrem os funcionários na persecução do objetivo. Isto somente pode funcionar se a direção da empresa agir da forma mais benéfica possível com os funcionários, e não de forma duvidosa da perspectiva de um estado de direito. Após todo o exposto, em princípio está evidente: O presente artigo trata apenas de funcionários que tenham cometido infrações de *criminal compliance* supostamente no interesse da empresa, por ex. pagamento de propina para conseguir fechar contratos, e não de condutas puníveis praticadas por funcionários com o intuito de se autoenriquecer, por exemplo, recebimento de propina, infidelidade patrimonial em benefício próprio.

Estratégia III: Criar uma cultura empresarial de fidelidade ao direito que leve em conta os interesses dos empregados

Como isto é, contudo, possível se os empregados possuem um dever trabalhista de informação perante os advogados de *compliance* e estes podem estar trabalhando em conjunto com o Ministério Público, de forma que haverá o perigo de as declarações dos atingidos chegarem às mãos do Ministério Público?

1. *Dever trabalhista de informação?*

A opinião dominante no direito do trabalho reconhece um dever de esclarecimento e de informação do empregado decorrente do direito decisório do

11. Rotsch, ZIS 2010, p. 614; ver tambpem Leipold NJW-Spezial, 2009, p. 24 e s.

12. Ver Lampert em: Hauschka, 2. ed. 2010, § 9 nm., p. 6, 18; Rotsch, ZIS 2010, p. 615.

13. Lampert em: Hauschka, 2. ed. 2010, nm. 6.

empregador.[14] Com base em uma decisão do ano de 1995 do BAG,[N.T.9] defende-se que o interesse do empregador de ser informado prevalece em relação aos interesses do empregado e ao princípio do *nemo tenetur*. Isto valeria pelo menos em relação às informações do setor em que o trabalhador está alocado. No entanto, são justamente as informações deste âmbito que poderiam eventualmente incriminar o empregado. Informações que o funcionário coincidentemente detenha sobre outros setores dificilmente tangenciariam o princípio do *nemo tenetur* em relação a ele próprio. Segundo esta concepção não é possível, portanto, resolver a discrepância entre o dever trabalhista de informação e o princípio do *nemo tenetur*.

Os problemas em torno do dever de informação tornam-se ainda maiores por conta da regra de anistia anunciada pelas empresas em conjunto com uma auditoria de *compliance*. Normalmente, esta regra significa que a empresa abrirá mão de aplicar as consequências trabalhistas e da pretensão de ressarcimento caso o funcionário colabore com a verdade e integralmente para o esclarecimento dos acontecimentos problemáticos e assumirá os custos, quando existentes, da assistência jurídica. Soma-se a isto o fato de estas propostas de anistia comumente terem como condição de validade a ausência de uma condenação criminal.[15]

2. *Como fica o dever de esclarecimento dos advogados de compliance nos interrogatórios dos funcionários?*

De acordo com o § 152 do código de processo penal alemão, o Ministério Público tem o direito e o dever de esclarecer fatos criminosos. Este princípio da obrigatoriedade (*Legalitätsgrundsatz*)[N.T.10] tem a sua origem no princípio do estado de direito (*Rechtsstaatsprinzip*) (Art. 20 item. 3 da Constituição alemã). Em conjunto com o monopólio da investigação e da acusação, concedidos pelo legislador ao Ministério Público, vêm os mecanismos de proteção do código de processo penal em favor do acusado e de determinadas testemunhas, o direito de permancer em silêncio e de não prestar informações (§§ 136, 55 do CPP

14. Lützeler, Müller-Sartori, CCZ, 2011, p. 19; ver também Momsen, Der Betrieb, 2011, p. 1792, 1795.

N.T.9 BAG é a abreviação de *Bundesarbeitsgericht*, cuja tradução seria Tribunal Federal do Trabalho. O *Bundesarbeitsgericht* é um órgão equivalente ao nosso Tribunal Superior do Trabalho.

15. Mommsen, ZIS 2011, p. 508, 510.

N.T.10 A tradução literal de *Legalitätsgrundsatz* seria princípio da legalidade, o conteúdo do *Legalitätsgrundsatz* corresponde entretanto ao que denominamos princípio da obrigatoriedade. O significado jurídico-penal que atribuímos ao princípio da legalidade no Brasil corresponde ao *Gesetzlichkeitsprinzip* na Alemanha.

alemão), a proibição de coação, fraude etc em interrogatórios (§ 136 a do CPP alemão), assim como o dever de esclarecimento antes de um interrogatório. De acordo com a opinião amplamente dominante, estes direitos e deveres vigem apenas em investigações públicas e não em investigações privadas.[16] Isto significa que os encarregados do *compliance* não têm nenhum dever legal de esclarecimento quando interrogam funcionários da empresa que podem potencialmente figurar como acusados ou como testemunhas que possivelmente possuiriam um direito a não prestar esclarecimentos.[17]

Há, contudo, o risco muito concreto, como mostrou o nosso caso inicial, de que estas entrevistas cheguem às mãos do Ministério Público. Seja através dos advogados de *compliance*, que as entregam ao Ministério Público com o intuito de obter o bônus de cooperação,[18] seja através de uma apreensão, como o caso do HSH Nordbank recentemente mostrou.[19] Jahn defende uma proibição de apreensão a partir de uma interpretação conforme a Constituição do § 97 item 1, número 3 do CPP alemão.[20] Esta solução claramente pressupõe que a empresa tenha um interesse em não fornecer as declarações ao Ministério Público. Este não é, porém, sempre o caso. As teses da Câmara Federal de Advogados alemã também parecem considerar a entrega das declarações ao Ministério Público algo provável, uma vez que elas defendem um dever de esclarecimento antes das entrevistas, o que evitaria um conflito com o princípio do *nemo tenetur*.[21]

3. *Proibição de valoração das provas obtidas através de declarações dos funcionários concedidas sem o prévio esclarecimento*

No direito penal, defende-se a existência de uma proibição de valoração das provas obtidas através de declarações dos funcionários concedidas sem o prévio esclarecimento.[22]

16. Ver Momsen, Der Betrieb, 2011, p. 1792, com ulteriores referências.
17. Rudkowski, NZA 2011, p. 612; Momsen, ZIS 2011, p. 508, 514; Lützeler, Müller-Sartori, CCZ, 2011, p. 1923.
18. Wastl, Litzka, Pusch, NStZ 2009, p. 68 e s. partem do pressuposto de que os advogados da empresa via de regra entregam as descobertas das suas investigações internas aos órgãos investigativos alemães.
19. LG Hamburg, NJW, 2011, p. 942.
20. Jahn, StV, 2011, p. 151 e ss.
21. Posicionamento do Brak, n. 35/2010 de novembro de 2010, tese 3, fundamentação 4.3.
22. Knauer/Buhlmann, AnwBl., 2010, p. 387; Momsen, ZIS 2011, p. 508, 516; Jahn, StV, 2009, p. 41, 44.

3.1 Uma proibição de valoração da prova é discutida nos casos em que a prova é obtida de maneira ilegal. De acordo com a opinião amplamente dominante, as investigações privadas, portanto também as apurações feitas no interior das empresas, são permitidas.[23]

O limite da permissibilidade seria atingido quando as investigações realizadas por entes privados atingissem uma proporção que colocasse o monópolio investigativo detido pelo Ministério Público, como um todo, em sério risco.[24] Wehnert considera que o limite é excedido quando o Ministério Público incumbe investigadores privados de realizar funções públicas.[25] No mesmo sentido argumenta Pfordte. Ele defende que isto ocorre quando o Ministério Público intencionalmente utiliza informações obtidas atráves de uma apuração interna às quais ele possivelmente não teria acesso, por conta dos seus deveres de esclarecimento, ou seja, quando ele intencionalmente utiliza as entrevistas dos funcionários para obter informações que não obteria de outra forma.

O âmbito mais conhecido em que as informações obtidas por apurações privadas são utilizadas pelos órgãos de justiça é o da utilização de agentes infiltrados. Isto demonstra o quão longe os limites do permitido são estendidos. Até mesmo o Tribunal Constitucional considera o seu emprego permitido e necessário. O Tribunal considera os limites excedidos apenas em casos extremos, o que traz como consequência o arquivamento do processo. Na maioria dos casos de agentes infiltrados decididos pelo Tribunal Constitucional, tal caráter de extremidade não foi reconhecido. É preciso levar em conta que estas pessoas privadas atuam a pedido dos órgãos de justiça, ou com a sua aprovação explítica, enquanto o Ministério Público apenas utiliza as apurações internas realizadas nas empresas, mas não as inicia – aos menos nos casos de *compliance* de que eu tenho conhecimento.[26] É verdade que o BGH[N.T.11] reconheceu recentemente a proibição de valoração da prova em um caso de agente infiltrado, nos termos da decisão do EGMR[27] no caso Allan contra Grã-Bretanha. Contudo,

23. Jahn, StV, 2009, p. 41, 43; Pfordte, FS d. Arbeitsgemeinschaft Strafrecht 2009, p. 742.

24. Jahn, StV, p. 43.

25. Wehnert, Interne Ermittlungen und Legalitätsprinzip-Relativierung des staatlichen Ermittlungsmonopols, palestra proferida no seminário da ECLE em Frankfurt, em 20.11.2010, p. 10, impressa; Dann, Schmidt, NJW 2009, p. 1851 e s.

26. Assim também Jahn acerca do caso Siemens, StV 2009, p. 41, 43.

N.T.11 BGH é a abreviação de *Bundesgerichtshof*, tribunal federal alemão, que equivale ao nosso STJ.

27. EGMR é a abreviação de *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte*, cuja tradução é Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

como Jahn corretamente já ressaltou, esta decisão não pode ser transportada para os casos de *compliance*, pois os incumbidos do *compliance* – diferentemente do que ocorreu no caso julgado pelo BGH – não atuam de forma velada.[28]

3.2 Muito discutida, e por vezes defendida, é, contudo, a proibição de valoração da prova com base na decisão do Tribunal Constitucional sobre o devedor em um processo de insolvência.[29] Nesta decisão, o Tribunal Constitucional considerou incompatível com a dignidade humana que o devedor fosse obrigado pela lei de falência a prestar informações mesmo quando com isso ele pudesse desencadear uma investigação criminal contra si próprio. Por conta desta decisão, o legislador previu, no § 97, item 1, número 3, da lei de insolvência alemã (*Insolvenzgesetz*) uma proibição de valoração de declarações deste gênero no processo penal.

Há um claro paralelo entre o direito falimentar e o aqui em questão direito do trabalho. Enquanto no direito falimentar o interesse do credor está em primeiro plano, no direito do trabalho é o interesse do empregador que o está. Em ambos os casos tratam-se de interesses de natureza jurídico-civil. O Estado não pode utilizar indevidamente estes direitos na persecução penal para condenar suspeitos e suprimir o seu direito ao silêncio. Tal forma de proceder viola os princípios de um processo justo (EMRK)[N.T.12] e também o princípio do *nemo tenetur*, em sua dimensão da dignidade humana.

A jurisprudência, contudo, nega uma aplicação dos princípios do devedor falimentar à problemática aqui analisada. Os tribunais consideram que o direito a não se autoincriminar é apenas válido quando há uma coação estatal à declaração.[30] Neste sentido, o Tribunal Estadual de Hamburgo considerou, na já citada decisão, que uma aplicação da decisão do devedor falimentar não seria essencialmente possível porque a situação conflituosa existente nestes casos não decorre de um dever de informação legal incompatível com o princípio do *nemo tenetur*, e sim de uma obrigação contratual potencialmente autoprejudicial assumida livremente.[31] Os meus colegas Sidhu, von Saucken e Ruhmannseder já alertaram, em um artigo escrito recentemente, para a inconsistência

28. Jahn, StV 2009, p. 41, 45

29. BVerfGE 56, p. 37 e ss.; Jahn, StV 2009, p. 41, 44; Pfordte, FS d. Arbeitsgemeinschaft Strafrecht, 2009, p. 740, 753; Gräfin von Galen, NJW 2011, p. 945.

N.T.12 EMRK é a abreviação de *europäische Menschenrechtskonvention*, cuja tradução é convenção europeia de direitos humanos.

30. Jahn, StV 2009, p. 41, 43, com ulteriores referências; Wohlers, em Systematischer Kommentar zur StPO, 4. ed., 2010, § 97 nm. 8.

31. LG Hamburg, NJW 2011, p. 942.

deste argumento.[32] É praticamente impossível comparar a liberdade de aceitar um contrato de trabalho com uma aceitação livre de renunciar ao direito de não se autoincriminar. A consequência obrigatória de o funcionário ter assinado o contrato, no atual estado do direito do trabalho, é a autoincriminação. Requerer, no entanto, que ele não assine mais nenhum contrato de trabalho para não ter de vir a se autoprejudicar afetaria o núcleo duro dos direitos fundamentais dos cidadãos (liberdade de autodeterminar-se, liberdade de escolher a profissão).

A minha conclusão é, portanto: Há uma proibição de valoração em relação às entrevistas.

Entretanto, com isso os problemas certamente não estão resolvidos, pois os encarregados do *compliance* possivelmente serão ouvidos como testemunha sobre o conteúdo das entrevistas, uma vez que a jurisprudência sabidamente nega uma proibição indireta de valoração (*Beweisverwertungsverbot mit Fernwirkung*). Um direito de eximir-se de depor sem dúvida existe em relação a quem o contratou em si, mas claramente não em relação aos entrevistados. A finalidade do § 53 item 1, n. 3 do CPP[N.T.13] alemão é a proteção da relação de confiança entre o advogado e aquele que conta com o seu auxílio.[33] Por conta da indivisibilidade do direito de eximir-se de depor, deve-se partir do pressuposto de que tal direito existe também em relação aos entrevistados.[34] Outra questão é se os advogados de *compliance* podem invocar tal direito quando o verdadeiro contratante, a empresa, lhes desincumbiu do dever de sigilo. Em decorrência destes problemas, tem-se clamado por uma intervenção do legislador.[35]

4. *A tese n. 3 da Câmara Federal de Advogados alemã é capaz de equilibrar os interesses, divergentes entre si, dos empregadores e empregados?*

A diretoria de direito penal da Câmara Federal de Advogados alemã desenvolveu, em novembro de 2010, teses sobre advocacia penal empresarial. Especialmente a tese 3 trata da discrepância entre os deveres trabalhistas de informação e o princípio do *nemo tenetur*. Segundo esta tese, o advogado da

32. NJW 2011, ps. 881, 883; no mesmo sentido Gräfin von Galen, NJW 2011, p. 945.

N.T.13 Tal dispositivo lista as pessoas que possuem um direito a eximir-se de depor.

33. Meyer-Goßner, StPO, 54. ed., 2011, § 53 nm. 1; AG Bonn, NStZ 2010, p. 536.

34. Meyer-Goßner, StPO, 54. ed., 2011., nms. 7, 16.

35. Pfordte, FS d. Arbeitsgemeinschaft Strafrecht 2009, ps. 740, 756; Gräfin von Galen, NJW 2011, p. 945.

empresa deve observar, sobretudo no interrogatório dos funcionários, as leis em geral e as diretrizes derivadas dos princípios do estado de direito (Tese 3 (5)). Na fundamentação (n. 4) consta ainda, acerca dos interrogatórios, que os funcionários devem ser instruídos a levar um advogado de sua escolha, que eles podem ver e aprovar o termo de declaração e, ainda, que devem ser informados de que o termo de declaração pode ser eventualmente encaminhado aos órgão públicos e de que este pode ser utilizado em seu detrimento. Assim já têm agido neste ínterim – ao menos em parte – os advogados de *compliance*.

Na doutrina, tais teses têm sido bem recebidas, sob a ressalva do dever de cuidado trabalhista que o empregador detém em relação ao empregado. Através da presença de um advogado e da exigida instrução acerca das consequências processuais-penais das declarações, seria possível aos funcionários atingidos mensurar as consequências jurídicas de uma declaração, ou de eventualmente permanecer em silêncio.[36] Isto pode estar correto. No entanto, o que o funcionário ganha com isto? Caso ele não diga nada, ele mantém, por um lado, a possibilidade de permanecer calado perante o Ministério Público, pois não há nenhum termo de declaração contra ele. Porém, ele está sujeito a todas as sanções trabalhistas, inclusive à demissão decorrente de suspeita (Verdachtskündigung),[N.T.14] por ter violado o seu dever de cooperar e informar. Se o funcionário, por outro lado, cumprir as suas obrigações trabalhistas e informar o que sabe, ele ainda pode exercer o seu direito de permanecer em silêncio. Na prática, contudo, isto nada lhe trará, pois segundo a opinião do Ministério Público as suas declarações prestadas perante os advogados de *compliance* poderão ser valoradas. Portanto, nesta constelação não é garantida a possibilidade de uma escolha livre entre prestar declarações e permanecer em silêncio, como prescreve o código de processo penal alemão (§ 136). A presença de um advogado nos interrogatórios realizados nas empresas não altera em nada esta conclusão.

5. *A minha proposta de solução*

Em favor da consideração dos interesses dos empregados durante a orientação de *compliance*, invoca-se acertadamente o dever trabalhista de assistência.

36. Sidhu entre outros, NJW 2011, p. 881, 883.

N.T.14 Esta é uma das hipóteses em que o empregador pode demitir o funcionário sem respeitar o tempo de aviso prévio estipulado pelo código civil alemão, previsto no § 622 do BGB.

Este contém a proteção e a atenção aos direitos da personalidade do empregado.[37] O dever de assistência proíbe o empregador de impor desvantagens ao empregado injustificadamente.[38] O dever de cooperar e de prestar informações nas entrevistas conduzidas pelos encarregados do *compliance*, mesmo dos empregados suspeitos, introduzido pelo empregador é um exemplo de desvantagem imposta injustificadamente.

Estratégia IV: Aviso direcionado ao contratante do *compliance* sobre o seu dever de assistência.

Segundo a opinião dominante, há, é verdade, os deveres dos que comandam a empresa de investigar, ou de deixar que se investigue, de maneira satisfatória possíveis violações à lei e de puni-las, assim como de buscar os possíveis autores e partícipes.[39] Em relação ao "como" da investigação, ou seja, em relação à escolha do método concreto de investigação, a direção da empresa possui, contudo, uma margem de liberdade.[40] No fundo, isto decorre da própria lei. O § 93 item 1, n. 2 da lei alemã das S.A. exige que, com base em informações pertinentes, a cúpula diretora aja. Com isto está de partida claro que à cúpula não pode ser imposta a obrigação de empregar cumulativamente todos os instrumentos imagináveis para apurar os fatos.[41] Segundo a nova jurisprudência do BAG,[N.T.15] o empregador apenas pode exercer o seu direito de decidir sobre o método de investigação após uma ponderação equânime.[42] Na determinação do conteúdo da equanimidade exigida pelo § 315, item 1, do BGB, os direitos fundamentais também exercem um papel.[43] Nos termos do BAG alemão, "nesta determinação os direitos fundamentais colidentes devem ser enxergados em suas diversas implicações e devem ser limitados de forma tal que as posições juridicamente protegidas de todos os envolvidos sejam garantidas da forma mais ampla possível".[44] Do lado do empregador deve ser levado em conta o interesse, decorrente da liberdade de exercício profissional tutelada pelo art.

37. Sidhu entre outros, NJW, 2011, p. 881, 883.
38. BAG, NJW, 1995, p. 1236.
39. Reichert, ZIS 2011, p. 113, 117; Rönnau/F. Schneider, ZIP, 2010, p. 53, 59.
40. Reichert, ZIS 2011, p. 113, 117.
41. Reichert, ZIS 2011, p. 113, 118.

NT15. Tribunal equivalente ao nosso TST.

42. BAG, decisão de 10.10.2002 – 2 AZR 472/01
43. BAG, decisão de 10.10.2002 – 2 AZR 472/01; ver também Mengel/Hagemeister, BB, 2007, p. 1386 e s.
44. BAG, decisão de 10.10.2002 – 2 AZR 472/01, nm. 41.

12 da Constituição alemã, em uma investigação tão ampla quanto possível. Do lado do empregado, em oposição a este interesse, está o direito constitucionalmente garantido de não produzir provas contra si mesmo e de permanecer em silêncio, para poder se defender de forma plena em um possível processo penal. Na ponderação dos direitos mencionados deve-se levar em conta o princípio da proporcionalidade.[45] É preciso, portanto, questionar se a produção de provas do funcionário contra si mesmo no âmbito das entrevistas é sequer necessária para esclarecer os fatos. A resposta deve ser negativa. Como já foi desmonstrado no início do artigo, as entrevsitas com os envolvidos são apenas uma confirmação adicional da suspeita construída a partir dos documentos objetivos e da oitiva de testemunhas.[46] Seria possível fazer uso da demissão baseada em suspeita, quando esta for permitida. Na doutrina, o recebimento de dinheiro ilícito é citado como uma das possíveis causas de demissão.[47] Portanto, quando um funcionário correr risco de produzir provas contra si mesmo em uma entrevista, há de se partir da existência de um direito a não prestar informações.[48]

Estratégia V: Aviso direcionado ao contratante do *compliance* sobre a sua margem de liberdade e sobre a necessidade de atentar ao princípio da proporcionalidade ao escolher a forma de investigação.

Estratégia VI: Não é necessário entrevistar os funcionários para esclarecer os fatos

Contudo, nós devemos nos perguntar se não seria melhor para o funcionário se ele aceitasse as regras da anistia, que o pouparia de sanções trabalhistas, e contasse com a possibilidade de um eventual processo criminal. Esta pergunta não pode ser simplesmente respondida de forma afirmativa. As regras da anistia não significam automaticamente que um funcionário possa dela se valer. Quando se levam em conta os números que Jahn informou acer-

45. Reichold, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, § 49 nm. 6; Dann/Schmidt, NJW, 2009, p. 1851, 1853.

46. Ver também Rudkowski, NZA, 2011, p. 612 e s.; Momsen, Der Betrieb, 2011, p. 1792, 1794.

47. Münchener Kommentar zum BGB 5. ed. 2009/Hergenröder, § 1 KSchG, nm. 275; Göpfert/Merten/Siegrist, NJW 2008, p. 1703; Ascheid/Preis/Schmidt 3. ed. 2007, Kündigungsrecht BGB, § 626 nm. 259 a.

48. No mesmo sentido Rudkowski, NZA 2011, p. 612 e s.; Mengel/Hagemeister, BB 2007, p. 1386, 1389; BGH NJW-RR, 1989, p. 614 e s.; Reichold, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. ed. 2009, § 49 nm. 7; Wastl, Litzka, Pusch, NStZ 2009, p. 68, 73; em sentido contrário Momsen, ZIS 2011, p. 508, 513.

ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. Trad. Augusto Assis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 321-339. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

ca do processso da Siemens, é preciso questionar se este é o melhor, porque mais seguro, caminho.[49] De 60 funcionários, a anistia foi concedida a 10, negada a 2 e aos demais continuava a ser avaliada em 2009. A insegurança em relação às regras da anistia consiste em o empregador eventualmente poder alegar que a confissão não foi integral e/ou que esta não correspondia à verdade.[50] A isto soma-se o fato de que as regras de anistia comumente condicionam esta à ausência de uma condenação criminal.[51] Neste caso, o funcionário certamente estaria em uma situação pior do que caso houvesse se negado a fazer declarações. Por fim, deve-se atentar ao seguinte: Por um lado, o empregador deve sancionar violações de *compliance* dos empregados,[52] pois caso contrário os aspectos geral – e especial –preventivos das regras de *compliance* seriam prejudicados. Em relação ao tipo e à gravidade da sanção a ser aplicada, há, contudo, uma margem de liberdade.[53] Isto infere-se já da multiplicidade de punições a serem consideradas: aviso, multas, transferência, diversas formas de demissão. Também aqui deve-se atentar para o princípio da proporcionalidade. A sanção deve ser a *ultima ratio*.[54] O fim das orientações de *compliance*, o cumprimento das leis, tem de não poder ser alcançado de outra forma.

Estratégia VII: As medidas trabalhistas não são necessárias quando se trabalha em conjunto com o Ministério Público.

Caso se siga a orientação procedimental aqui dada, de cooperar com o Ministério Público, os funcionários envolvidos devem contar com a possibilidade de um processo criminal. Sob os pontos de vista da prevenção geral e especial, esta é sem dúvida a medida mais efetiva. A cúpula diretora da empresa pode estar segura de que os funcionários envolvidos não voltarão a cometer violações de *compliance*. Nos casos em que o trabalhador acreditou atuar no interesse da empresa, medidas trabalhistas adicionais são dispensáveis.

---

49. Jahn, StV 2009, p. 41 e s., comentário 25
50. Wastl, Litzka, Pusch, NStZ, 2009, p. 68, 71.
51. Momsen ZIS 2011, p. 508, 510; Knauer/Buhlmann, AnwBl. 2010, p. 387 e s.
52. Reichert, ZIS 2011, p. 113, 120.
53. Reichert ZIS 2011, p. 113, 120.
54. Mengel-Hagemeister, BB 2007, p. 1386, 1391; ver também Küttner/Eisemann; Personalhandbuch 18. ed. 2011, nm. 12.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A nova lei anticorrupção e o *compliance*, de Marcella Blok - *RDB* 65/263-318 (DTR\2014\15162);
- *Criminal compliance* e as novas feições do direito penal econômico, de Luciano Anderson de Souza e Regina Cirino Alves Ferreira - *RDB* 59/281 (DTR\2013\2552);
- *Criminal compliance*: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal, de Carla Rahal Benedetti - *RDB* 59/303 (DTR\2013\2555);
- *Criminal compliance*: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro, de Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz - *RDB* 56/293 (DTR\2012\44739); e
- O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas, de Carlos Gómez-Jara Díez, trad. por Carolina de Freitas Paladino e Natália de Campos Grey - *RBCCrim* 100/415 (DTR\2013\412).

Roxin, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. Trad. Augusto Assis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 321-339. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

Criminal Compliance

Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial

Criminal compliance
Preventing and minimizing risks
in the management of corporate activities

Rodrigo Sánchez Rios
Professor Doutor de Direito Penal da PUC-PR. Advogado Criminalista.

Caio Antonietto
Mestrando da PUC-PR. Advogado Criminalista.

Área do Direito: Penal

Resumo: A necessidade de regulação e a mitigação de riscos da atividade econômica são as balizas nas quais se insere o fenômeno do *Compliance*. O Estado, incapaz de gerir a quantidade de riscos sociais a ele submetidos, impõe ao particular que se autorregule, a fim de evitar condutas lesivas à norma, reservando-se as prerrogativas de normatização e fiscalização. O presente artigo, nessa perspectiva, tem por objetivo abordar os chamados programas de conformidade, a partir da análise de sua finalidade e seus efeitos na prevenção de ilícitos penais, de cunho econômico-empresariais, bem como das consequências daí advindas. Merecerá especial destaque as disposições da Lei 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção, que, apesar de não ser, propriamente, de caráter criminal, possui uma série de lógicas penais embutidas, introduzindo no Brasil, como critério de dosimetria de sanções

Abstract: The need for regulation and the mitigation of risks from the economic activity are the circumscriptions in which the Compliance phenomenon is inserted. The State is incapable of managing the amount of social risks under its responsibility. In order to avoid unlawful behavior, it imposes self- regulation on the private sector and reserves to itself the prerogatives of ruling and supervising. This article aims to approach the programs of conformity throughout the analysis of its goals and effects in the prevention of financial crimes and its consequences. It will give special attention to the Law 12.846/2013, known as the Anti-Corruption Law, which does not typifies crimes but has connections with criminal law. This new norm installs in Brazil the application of programs of integrity, auditory and incentive to the complaints of irregularities as well as the

Rios, Rodrigo Sánchez; Antonietto, Caio. *Criminal Compliance* – Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 341-376. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

civis e administrativas às pessoas jurídicas, no caso de prática de atos contra a Administração Pública, a existência de programas de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta.

PALAVRAS-CHAVE: Política Criminal – *Criminal Compliance* – Delitos econômico-empresariais – Autorregulação – *Compliance officer.*

enforcement of ethical and conduct codes as criteria for civil and administration sanctions to legal entities that practice crimes against the Public Administration.

KEYWORDS: Criminal Policy – Criminal Compliance – Financial Crimes – Self-regulation – Compliance officer.

SUMÁRIO: 1. A difusão do *Compliance* na atividade empresarial – 2. O alcance da autorregulação regulada e a importância do *Compliance* – 3. *Criminal Compliance* como instrumento de política criminal na prevenção dos delitos econômico-empresariais – 4. Desafios normativos do *Criminal Compliance* na legislação brasileira – 5. Considerações finais – 6. Bibliografia.

1. A DIFUSÃO DO *COMPLIANCE* NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

A leitura do estudo de Kuhlen permite inferir que um fenômeno identificado como "moderno",[1] dependendo das perspectivas sob a qual recaia nossa compreensão, poderá ser considerado prática arraigada no sistema legal, e apenas em razão de diversos matizes lançados seria possível conferir-lhe uma auréola inovadora, sobretudo quando se busca sua aproximação com a norma jurídico-penal. Também não surpreende se diante da mutação constante da realidade social e dos atores econômicos, se busque adaptar ou redimensionar institutos jurídicos devidamente abarcados pelo convênio normativo. Eis o que ocorre com o chamado programa de *Compliance,* compreendido como inovador, notadamente pelas repercussões na experiência comparativa,[2] e confirmado como modelo importado da cultura legal anglo-saxônica.[3] A terminologia de *Compliance,* ao ser inserida em nossa realidade, entretanto, denota o redirecionamento de um modelo de organização em favor de uma mudança

1. Vide KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. p.51 e ss.
2. SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. p. 63 e ss.; ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. p. 2 e ss.
3. NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo.* p. 215 e ss.

de cultura no ambiente corporativo.[4] E esta postura começa a partir de uma normativa especifica.[5]

A própria definição do *Compliance,* entendida como um conjunto de medidas pelas quais as empresas buscam garantir o cumprimento das regras vigentes,[6] relacionadas com a sua atividade, bem como observar princípios de ética e integridade corporativa,[7] corrobora esse entendimento inicial. Trata-se, em outras palavras, de procedimentos internos receptivos de prescrições legais que objetivam evitar práticas ilícitas por parte de uma estrutura organizada empresarial.[8] De forma singela, pode-se deduzir, pelo ingente material bibliográfico e, especificamente, em um viés político criminal, que o *Compliance* surge da necessidade de mitigar os riscos gerados pela atividade corporativa.[9] Contudo, esta última assertiva, por demais simplista, abre espaços a inúmeros questionamentos atrelados justamente aos interesses de uma política criminal expansiva destinada a reforçar critérios preventivos de condutas delitivas, especialmente aquelas originadas no âmbito de um grupo de pessoas reunidas para empreender uma atividade de produção, elaboração e comercialização de produtos, bem como de prestação de serviços.[10]

Ao mesmo tempo, identificam-se na doutrina posicionamentos tendentes a inserir a temática do *Compliance* em um discurso mais abrangente, denominado *regulatory capitalismo.*[11] O argumento passível de explicar a complexidade

4. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais. p. 201.
5. A Lei 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, conhecida como "Lei anticorrupção". Vide MANDEL, Gabriel. Departamento jurídico é fonte de recursos para empresas. Disponível em: [www.consultorjuridico.com.br]. Acesso em: 06.08.2014.
6. Na lição de Rotsch: "Em nosso contexto se trata de 'to be in compliance with the law', de modo que essa fórmula, composta pela palavra *Compliance* (...) pode ser traduzida (de forma não absolutamente exata) por conformidade ao Direito". Vide ROTSCH, Thomas. Op. cit. Também SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. p. 100.
7. MAEDA, Bruno Carneiro. Op. cit., p. 167.
8. BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La intervención delictiva del Compliance Oficcer. p. 176.
9. Vide recentemente, GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance.* p. 13 e ss.
10. TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial.* p. 42 e ss.
11. Cf. NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. *El derecho penal econômico en la era del compliance.* p. 13.

desse cenário tem como cerne o papel representado pelo Estado na atividade econômica de caráter privado. Esta assertiva inicial poderá encontrar distintas configurações (política, econômica ou exclusivamente ideológica), pelas quais é deduzida a legitimidade do poder público. Quer nos parecer, optando por uma perspectiva pragmática, que a exigência de uma maior intervenção do Estado no mercado decorreu de situações concretas: os escândalos protagonizados por entidades financeiras denotando cumplicidade com a transferência ilícita de dinheiro (tanto na Europa, como nos Estados Unidos),[12] a manipulação de juros, as perdas vultosas ocultadas aos órgãos de controle[13] e as práticas de fraude e corrupção promovidas por empresas de atuação global como a *Siemens* e a *Parmalat*, entre outras, devidamente noticiadas.[14] O resultado não poderia ser diferente, qual seja, o estimulo a uma serie de regulamentações almejando limitar a autonomia anteriormente usufruída pelo setor bancário e as grandes companhias.[15]

A crise da desregulação em diversos setores da economia, imperante nos anos noventa,[16] trouxe consigo a descrença no dogma da *mão invisível*,

12. Vide por exemplo a multa de US$ 1,9 bilhão, imposta pelas autoridades federais da Justiça e do Tesouro americano no ano de 2012 ao Banco HSBC, por ter facilitado a transferência de centenas de milhões de dólares provenientes dos Cartéis Mexicanos do Tráfico de drogas. De forma idêntica, o Banco britânico *Standard Chartered* pagou uma multa de 325 milhões de dólares pela ocultação de transações com entidades iranianas sujeitas a sanções econômicas.

13. Inicialmente vide RAJAN, Raghuram G. *Grietas del Sistema. Por qué la Economía Mundial sigue amenazada*. p. 11 e ss. Também NAIM, Moises. *O fim do poder: nas salas da diretoria ou nos campos de batalha, em igreja ou Estados, por que estar no poder não é mais o que costumava ser?*, p. 231.

14. Cite-se ainda o conhecido caso *Enron*, no qual a empresa, entre outros fatos, usou de artifícios para alocar seus prejuízos, de forma que a mesma não os inseria nos seus balanços contábeis, o qual implicou numa falsa impressão a respeito da real situação financeira da empresa. Vide a respeito. GÓMEZ-JARA, Carlos Diéz. *La culpabilidad penal de la empresa*. p. 38, nota 11; SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 63-64. Também KUHLEN, Lothar. Op. cit., p.52; BERMEJO, Mateo, G. PALERMO, Omar. Op. cit., p. 171.

15. NAIM, Moises. Op. cit.

16. Sachs aponta a origem da desregulação na economia nos governos Reagan (EUA) e Margaret Tathcher (UK), ao lançarem um programa de redução do governo. De acordo com este autor: "O principal efeito da revolução Reagan não foram suas políticas específicas, mas sim a crescente antipatia pelo papel do governo, um novo desprezo aos pobres que dependiam do governo para seu apoio econômico e um insólito convite para que os ricos prescindissem de suas responsabilidades morais com o resto da sociedade", vide SACHS, Jeffrey. *El precio de la civilización*, p. 43. Conferindo numa

no qual o Estado se limita a esperar que os agentes econômicos obtenham autonomamente, em mercados competitivos, seus sistemas de contenção[17] como solução natural dos riscos. Tal fato demandou uma maior intervenção estatal, evidenciada no incremento das agências reguladoras e de normas administrativas. Para a compreensão das nefastas consequências advindas da ausência de regulação do mercado, propiciada no contexto das politicas neoliberais – fomentadoras de desigualdades abissais e de enriquecimentos estratosféricos de alguns agentes financeiros[18] isentos de qualquer comprometimento social – as reflexões do economista Jeffrey Sachs, além de objetivas e contundentes, apresentam propostas para a retomada de uma ativa e criativa interferência do poder público na economia privada. E esse papel é exercido ao regulamentar e fiscalizar a atuação dos atores do mercado em favor de uma economia mista, arraigada em objetivos da eficiência, justiça e sustentabilidade.[19]

Objetivando a compreensão desta mudança de perspectiva de intervenção estatal e de instrumentos normativos, no qual se insere a temática do *Compliance*, pode-se asseverar que o processo de globalização,[20] a internacionalização das empresas, a revolução tecnológica sem precedentes – afetando toda a atividade humana -, a abertura dos mercados financeiros, o acesso mais fácil ao capital, a maior transparência e disponibilidade de informações, a abertura

perspectiva histórica os resultados maléficos do esfacelamento do poder público pelas politicas neoliberais, e reivindicando a intervenção do Estado como ator econômico para superar as desigualdades na sociedade, vide JUDT, Toni. *Algo va mal*. p. 175 e ss.

17. Sobre a conhecida figura da "mão invisível" vide o Livro IV, cap. 2, da obra de SMITH, Adam. *A riqueza das Nações*. p. 567.

18. Para citar um exemplo, em 2007, o gestor de fundos de alto risco John Paulson ganhou 3.7 milhões de dólares, quase 74.000 vezes a renda média familiar nos Estados Unidos. Vide. RAJAN, Raghuram G. Op. cit., p. 19.

19. SACHS, Jeffrey. Op. cit., p. 49. Mais recentemente, dissecando a origem da crise financeira com repercussão global, vide as críticas lançadas por Ferguson a respeito da elite financeira que assumiu o controle econômico nos EUA, levando esse país e outras nações à falência, com reflexos negativos ainda nos dias de hoje. FERGUSON, Charles H. *O sequestro da América. Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. p. 31 e ss. Nessa senda, desenvolvendo a previsão da crise financeira de 2008, vide RAJAN, Raghuram. Op. cit., p. 16.

20. De qualquer modo, a observação lançada por Judt, de não ser verdade o fato de que uma economia cada vez mais globalizada tenda a nivelação da riqueza como pretendem os admiradores mais liberais da globalização, deve ser acatada *in totum*. Cfr. JUDT, Tony. Op. cit., p. 182-183.

comercial e de investimentos, entre outros fatores, desvelaram a problemática da regulação das atividades empresariais.

Por muito tempo se discutiu a presença de dois modelos regulatórios, um de forte interferência estatal, no qual cumpre ao Estado estabelecer as normas de prevenção da atividade empresarial, supervisionando sua implementação e sancionando eventual descumprimento, e outro modelo absolutamente liberal, no qual a empresa decide, em função dos seus benefícios econômicos e das exigências de mercado, incorporar as normas de prevenção para controlar e minimizar os riscos, denominado autorregulação.[21] O pensamento convencional da atuação reguladora dará ênfase a dois pontos de vista assaz opostos: liberalismo e estatismo.[22] No entanto, ambos modelos extremos se mostraram falhos, um porque o Estado com suas limitações estruturais não consegue regular e controlar as especificidades de cada empresa e o incremento do risco gerado no âmbito de suas atividades, e dois, porque as empresas possuem outros interesses econômicos que se sobressaem ao da autorregulação, não conferindo a atenção demandada pelos mecanismos de prevenção dos perigos provenientes de sua atividade.[23] Denota-se um consenso na doutrina, em apontar a impraticabilidade desses dois polos pela insuficiência dos mecanismos isolados ofertados por cada um.[24]

Assentados no estudo de Coca Vila e outros,[25] pode-se indicar modelos intermédios englobados sob o *topos* da autorregulação, por meio dos quais, hodiernamente, o *Leviathan* busca harmonizar os interesses privados empresariais com os da sociedade.[26] Cite-se a denominada *meta-regulação*, *autorregulação*

21. Especialmente no tocante a autorregulação do sistema financeiro vide LEÓN BERINI, Arturo Gonzales de. Autorregulación empresarial, ordenamento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los limites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. p. 78 e ss. Ainda sobre o tema vide GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p.13; GÓMEZ-JARA, Carlos Diéz. Op. cit., p. 266; NIETO MARTIN, Adán. Introducción..., cit.., p. 55.

22. COCA VILA, Ivó. Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? p. 44.

23. GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 15, COCA VILA, Ivó. Op. cit., p. 45 e ss.

24. COCA VILA, Ivó. Op. cit., p. 44, GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 15; LEÓN BERINI, Arturo Gonzáles de. Op. cit., p. 78 e ss.

25. COCA VILA, Ivó. Op. cit., ibidem. Na literatura pátria, vide SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei anticorrupção é substancialmente de caráter penal. Disponível em: [www.consultorjuridico.com.br]. *Consultor Jurídico*, 05.02.2014.

26. COCA VILA, Ivó. Op. cit., ibidem.

regulada e a *autorregulação pura*.[27] Nota-se, preliminarmente, que a temática da *autorregulação* das estruturas empresarias, cada vez mais sofisticadas, torna-se tarefa árdua para o estudioso do Direito penal, pois não integra o rol de suas preocupações cotidianas e da prática forense. Deve-se frisar a notoriedade da complexidade incidente em matéria de criminalidade de empresa. E esta assertiva é devida às dificuldades em obter, nos casos concretos, soluções incontroversas por meio dos institutos da dogmática penal que estejam em compasso com as diretrizes de uma expansionista política criminal de prevenção.

Por outro lado, as explicações em torno da criminalidade econômico-empresarial e do seu reflexo na norma jurídico-penal não afeta apenas o campo da dogmática, chamada a rever suas categorias clássicas, direcionadas ao delito doloso de ação, em função de novos problemas de imputação decorrentes da organização do trabalho e das divisões vertical e horizontal dos seus órgãos,[28] mas também propiciam reflexões de matriz criminológica. Isto decorre das considerações tecidas por Edwin Sutherland de que a inclusão numa empresa aumenta a possibilidade do cometimento de um delito que, isoladamente, o indivíduo não realizaria de outro modo. Estudos teóricos têm alertado para este fator criminógeno determinado pela organização empresarial, constituindo uma caraterística real do *corporate crime*.[29] Tem se entendido, de forma complementar, que o delito de empresa é um *crime estrutural*,[30] no sentido de que uma reunião corporativa implicaria um maior risco de surgimento de condutas ilícitas.

Ainda ao refletir sobre estruturas corporativas de empresas descentralizadas – que aproveitam as oportunidades do mercado globalizado – cujas unidades de produção se localizam, e suas decisões são frequentemente tomadas, em países com tradição normativa diversa,[31] um outro argumento de política criminal deve ser aventado, pois expressa uma particularidade da criminalidade

27. Idem, p. 45. O aspecto principal dos processos de metarregulação é o de despertar o interesse nas empresas em autorregular-se, outorgando-lhes o incentivo para este fim. A autorregulação pura faz referência àqueles casos nos quais é a própria empresa que determina o sistema de regulação interna à margem dos poderes públicos, isto é, sem nenhum tipo de intervenção pública dirigida a fomentar ou completar a autorregulação interna.

28. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial. p. 33 e ss.

29. NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidade penal...* cit., p. 38-42.

30. Idem, Ibidem.

31. Idem, p. 57.

empresarial. Trata-se dos problemas de circulação dos fluxos e controle de informação dentro da empresa. Conforme leciona Nieto Martín, o dilema estará sempre em observar se o empregado (frente à direção da empresa) ou o diretor ou órgãos da corporação, diante do controle estatal, busque ocultar de terceiros as informações prejudiciais, do âmbito de sua competência, com a deliberada intenção de evitar uma responsabilidade penal.[32] Em recente manifestação envolvendo uma operação significativa de aquisição de uma unidade petrolífera no exterior, por parte de uma empresa nacional, e explicada "por cálculos iniciais mal feitos", Barry Wolfe, de forma crítica, insiste "(...) *na tese de que as falhas de comunicação formam buracos negros nas estruturas das corporações e que esses sugam irresistivelmente informações e as destroem*".[33] Demonstra-se, assim, que a separação em diversas unidades de gestão propiciam o surgimento de "silos" inerentes a estrutura profundamente fragmentada das chamadas megacompanhias.

Respectivos argumentos, seja de matriz criminológica ou de política criminal, deduzidos de estruturas empresariais complexas, inserem-se no Direito penal econômico-empresarial, revisando atualmente – sob um prisma normativista – os institutos da teoria do delito aplicáveis à resolução de diversos casos[34] e revitalizando as decisões dos tribunais.[35] Naturalmente, torna-se obrigatória uma especial referência às observações de Schunemann, ao distinguir o fenômeno da criminalidade empresarial, tanto dos comportamentos dirigidos contra os bens jurídicos da própria empresa (a chamada criminalidade intra-empresarial) bem como os delitos contra bens jurídicos de terceiros (criminalidade *ad extra*).[36] Estes fenômenos constituem verdadeiro núcleo central

32. Idem, p. 41.

33. WOLFE, Barry. Grandes corporações tem desafios para implantar o *Compliance*. *Conjur*. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 07.08.2014.

34. Vide SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. Teoría del delito..., cit., p. 34.

35. Vide, por exemplo, a crítica do Tribunal Supremo espanhol à teoria formal-objetiva na distinção entre a figura do autor e do partícipe, nos crimes empresarias, adotando no fim dos anos 90 a teoria do domínio do fato. Cf. MIRÓ LLINARES, Fernando. Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoria del delito en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. (III) intervención delictiva. p. 325 e ss. Reivindicando um maior esclarecimento quanto ao potencial teórico do domínio do fato nos delitos de infração de dever, vide GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. p. 19-45.

36. SCHUNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal*. p. 17-19.

do direito penal econômico, com inúmeras pesquisas orientadas a desvendar a responsabilidade penal no âmbito da criminalidade empresarial (principalmente quando nos deparamos com as investigações voltadas à direção da empresa, *top-down*).[37]

2. O ALCANCE DA AUTORREGULAÇÃO REGULADA E A IMPORTÂNCIA DO *COMPLIANCE*

Entretanto, antes de incursionar no tratamento jurídico-penal ao fenômeno da criminalidade empresarial, delimitando o seu objeto de estudo em relação ao conteúdo de um programa de integridade incorporado como instrumento de prevenção e minimização de riscos, torna-se necessário, preliminarmente, compreender a transformação do papel exercido pelo Estado e, consequentemente, do ordenamento jurídico diante do "policentrismo" da sociedade moderna.[38] Essa alteração de paradigma experimentada no poder público, e vista como "retirada estratégica" ou "desvinculação de responsabilidade"[39] das suas tradicionais funções, irá conferir um redimensionamento aos Programas de *Compliance*. Na acurada ponderação de Esteve Pardo, o atual estágio de relacionamento entre o Estado e a sociedade, passa por profundas modificações oriundas do condicionamento da economia. Em outras palavras, o mercado até então autorregulado, sem interferências externas – e com o irresponsável protagonismo do setor bancário e das entidades financeiras na origem da crise econômica – tem sido determinante nessa correlação de forças, possibilitando a criação de outros poderes não menos relevantes provenientes da órbita pública a setores sociais especializados. Os modelos de Estado vigentes entre os séculos XIX e XX – liberal e social – demandavam uma postura preponderantemente ativa do poder público, no primeiro caso garantindo a segurança e a ordem social e, no segundo, interferindo diretamente com ações prestacionais

37. MANSDÖRFER, Marco. Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo. Disponível em: [www.indret.com]. Barcelona, abr. 2007.

38. Por sociedade Policêntrica se entende aquela carente de um único centro organizador, na qual as empresas se convertem em unidades autônomas de organização, representando ao mesmo tempo um fator de risco e de produção de conhecimento. Afirme-se que o fator de risco e de conhecimento são caraterísticas inerentes ao atual modelo social. Vide GÓMEZ-JARA, Carlos Diéz. Op. cit., p. 264.

39. ESTEVE PARDO, José. *La nueva relación entre Estado y Sociedad*. p. 24. Contrário à "evisceração" do poder público, e defendendo a responsabilidade moral do Estado, vide JUDT, Tony. Op. cit., p.116-118.

nos domínios social e econômico como forma de atenuar as desigualdades. Referidos modelos têm sido incapazes de abarcar e articular na sua totalidade a relação dialética entre Estado e sociedade.[40]

A transformação singular do Estado estaria retratada na formação de poderes fora do seu domínio, tais como econômico, financeiro, comunicações, infraestrutura etc. Consequentemente, a sociedade, de um papel passivo, passa a ser responsável por sua autogestão e, com isso, a autorregular-se em definitivo.[41] Essa realidade adquire especial configuração quando se trata dos controles de risco na sociedade moderna. Como resposta a esse cenário, abre-se a possibilidade de cooperação com as organizações privadas e neste ponto as formas de *autorregulação* possibilitam ao Estado o acesso aos problemas específicos dos setores de produção ou de prestação de serviços a serem regulados.[42] Associe-se a este argumento a constatação de que o desenvolvimento tecnológico e o irrefutável processo de globalização acabaram por retirar do Estado a capacidade de regular de forma adequada as estruturas empresarias.[43]

Pois bem, se o Estado é incapaz de regular desde fora a estrutura empresarial, a solução possível é o uso desta para conseguir seus objetivos de supervisão e controle, os quais não poderia ter se desvencilhado. A acepção da *autorregulação,* neste panorama, resulta definido: a delegação às empresas das funções de prevenção de ilícitos (vigilância em sentido amplo) próprias do Estado.[44] Delegação que implica em uma maior responsabilidade dos particulares no cumprimento dos objetivos de prevenção de delitos e controle de riscos. Segundo Coca Vila, o verdadeiro desafio do Estado estaria em aproveitar todo o potencial das empresas e dos mercados para cumprir com sua função regulatória, pois a eficácia da intervenção pública no mundo empresarial dependeria da autorregulação.[45] Esta delegação (de gestão e do controle do risco) concedida às empresas não implicaria em nenhuma hipótese a transferência da titularidade da potestade regulatória e sancionadora. A intervenção estatal estaria preservada com a faculdade de supervisionar e corrigir, mas contando com a

40. Cfr. ESTEVE PARDO, José. Op. cit., p. 33 e ss.

41. Idem, p. 116 e ss.

42. GÓMEZ-JARA, Carlos Diéz. Op. cit., p. 265.

43. Idem, Ibidem. A respeito da perda do controle e domínio do Estado no campo da ciência e da tecnologia, vide ESTEVE PARDO, José. Op. cit., p. 81.

44. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Deberes de vigilancia*... cit., p. 100.

45. COCA VILA, Ivó. Op. cit., p. 47; GÓMEZ-JARA, Carlos Diéz. Op. cit., p. 266.

colaboração do ente privado no processo regulatório. Este seria o significado da autorregulação regulada.[46]

García Cavero atestou que este modelo regulatório do setor empresarial incorpora as empresas no processo de regulação, mas de forma subordinada aos interesses predeterminados pelo Estado, e submete as mesmas à supervisão estatal.[47] Deste modo, é descabido apontar um suposto *laissez faire,* mas sim constitui a recuperação de parte do controle estatal sob a forma de uma delegação controlada normativamente, isto é, de uma autorregulação regulada.[48] Neste modelo as empresas devem desenvolver programas de controle de riscos de suas atividades em cooperação com o Estado, de acordo com as regras legais. A esta forma de controle da atividade empresarial se deu a denominação de *Compliance Programs, Corporate Governance* ou, simplesmente, políticas de cumprimento que descreve o marco regulatório para a direção e supervisão empresarial,[49] objetivando a superação do aspecto puramente lucrativo como valor da empresa, em favor da incorporação de valores éticos que muitas vezes se sobrepõem às exigências legais. Diversos organismos internacionais têm pugnado pela receptividade do conceito de *Busines Ethics*[50] e da adoção do termo "responsabilidade social corporativa" (*corporate social responsability*),[51] no âmbito da responsabilidade empresarial, que inclui a realização de tarefas em benefício do meio social, no qual a empresa desenvolve suas atividades.

De acordo com a bibliografia especializada, o *Compliance* constitui um mecanismo interno de supervisão na empresa, cuja finalidade é assegurar a observância da lei nas atividades corporativas, desenvolvido num âmbito de prevenção e outro de confirmação do Direito.[52] Sob o prisma preventivo se objetiva implementar medidas de organização e vigilância tendentes a evitar

46. NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidade penal..., cit,..*, p. 59; COCA VILA, Ivó. Op. cit., p. 51-52; ESTEVE PARDO, José. Op. cit., p. 121; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Deberes de vigilancia...*, cit.; GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 15-16; SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 97-99.

47. GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 15-16.

48. GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 16; SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 99; GÓMEZ MARTÍN, Victor. Compliance y derechos de los trabajadores. p. 126.

49. Eis a lição de SIEBER, Ulrich. Idem, p. 65.

50. Vide as recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

51. SIEBER, Ulrich. *Idem* p. 66, GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., *Ibidem.*

52. GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit.,p 22; BOCK, Dennis. *Compliance y Deberes de vigilância en la empresa.* p.107.

que se constatem condutas ilícitas. No âmbito da confirmação ou fidelidade ao direito se desenvolve a implementação de mecanismos de verificação interna de irregularidades e denúncia às autoridades competentes.[53] Eis, com razão, que Bermejo-Palermo assinalam o desenvolvimento progressivo de uma vinculação entre a autorregulação empresarial e a heterorregulação jurídica (administrativa e penal) no contexto da adoção padronizada de regras técnicas de prevenção de riscos por parte da empresa.[54]

Nesta linha, pode-se identificar que os programas de cumprimento desenvolvidos nas grandes empresas estão ligados a três vertentes.[55] A primeira é a decorrente das obrigações legais, tais como as de políticas contra riscos laborais, lavagem de dinheiro, corrupção, abuso de mercado etc. Significa que as empresas devem adotar controles internos (programas de cumprimento de caráter específico) com o fim de prevenir tais modalidades delitivas, minimizando os riscos de responsabilidade penal da empresa, dos seus órgãos e empregados. Blanco Cordero assinala que no modelo criado para combate da reciclagem de ativos os procedimentos de prevenção, investigação e repressão são professados tanto pelo setor público como pelo setor privado. Ao setor público cabe a investigação e imposição de sanções pelos delitos de lavagem, enquanto do setor privado é exigido um grande empenho para prevenir e detectar operações suspeitas, numa convergência de atuação entre público e privado. Esta evolução resultou, inclusive, na criação de empresas especializadas na prestação de bens e serviços para o cumprimento das obrigações de *Compliance*, tais como treinamento de pessoal e programas de informática.[56]

Da mesma forma, em matéria de anticorrupção, tem se observado o papel fundamental da iniciativa privada na prevenção da corrupção, inclusive com o advento de legislação própria estabelecendo responsabilidade direta a pessoa jurídica por atos praticados por seus prepostos e com a aplicação de consideráveis sanções administrativas. Ao ressaltar a importância do *Compliance* em matéria de anticorrupção, Maeda defende a tese de que as empresas preocupa-

53. GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 23.

54. BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. Op. cit., p. 171 e ss.

55. NIETO MARTIN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. p. 23 e ss. Este autor apresenta as vertentes dos programas de cumprimento na palavra figurada "afluentes", isto é, de distintas procedências que desembocam em um grande rio.

56. BLANCO CORDERO, Isidoro. Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (Compliance) desde una perspectiva criminológica. p. 118.

das e diligentes no cumprimento dos programas de prevenção devem receber tratamento diferenciado em relação àquelas que optam por negligenciar ou simplesmente não se engajar na implementação desse programa.[57]

Outra tendência dos programas de cumprimento vem da governança corporativa, voltada à limitação do abuso de poder dentro das corporações. Ou seja, a ideia nuclear desta diretriz é justamente a receptividade dos *stakeholders*[58] como instrumentos de controle sobre os administradores. Algumas legislações registram devidamente a conexão entre um bom governo corporativo e o sistema de cumprimentos, instituindo um órgão independente para a devida supervisão do funcionamento do modelo de organização.[59]

Por fim, há a vertente dos Códigos de Ética, existentes nas grandes empresas, de onde se extraem compromissos de luta contra a corrupção, e recriminação de práticas abusivas de mercado. Nesta terceira direção, conforme recorda Nieto Martín, merece destaque o impulso dado pelas organizações internacionais (desde a OCDE até as Nações Unidas) em favor de uma ética empresarial, "uma forma de *soft-law* como mecanismo de controle das formas de criminalidade de empresas globais".[60] O incremento do aceite dos códigos de conduta por parte de empresas de operação multinacional tem sido significativo. Dentre as causas desse aumento encontra-se a busca por melhorar a sua reputação no mercado bem como por estabelecer mecanismos internos de prevenção de delitos. Não obstante, também se deve registrar que a adoção dos códigos de conduta como instrumento de regulação responde não apenas a uma determinação voluntária por parte da empresa, mas às pressões provenientes das organizações não governamentais preocupadas com a responsabilidade social da empresa.[61] Ressalte-se, deste modo, a vinculação dos códigos de conduta

57. MAEDA, Bruno Carneiro. Op. cit., p. 201.

58. Vide NIETO MARTÍN, Adán.., *La responsabilidade penal...*, cit., p. 24. No Brasil a respeito dos *Stakeholders*, que designa o grupo de pessoas ou entidades que são afetadas pela atividade de uma organização empresarial, ou seja: consumidores, investidores, meio ambiente, fornecedores, sindicatos etc., vide COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de* compliance. p. 28-31.

59. NIETO MARTÍN, Adán. Op. cit., Ibidem.

60. Segundo Nieto Martín: "Una de las aportaciones más importantes de los códigos éticos de la última generación es que dejan de ser declaraciones programáticas y tienen caracter obligatorio para los empleados, lo que se traduce en la imposición de sanciones disciplinarias cuando se infrinja el código de ética". Op. cit., p. 24 e 25.

61. Vide NAVAS MONDACA, Iván. Los códigos de conducta y el derecho penal económico. p. 112.

com os conceitos de responsabilidade social corporativa e os valores éticos da empresa constatáveis na declaração da atuação em fiel respeito ao meio ambiente, ao direito dos trabalhadores e a legalidade do país onde desenvolvem sua atividade produtiva.[62]

Indubitavelmente restam espaços abertos de discussão quanto ao alcance da autorregulação e da efetividade concreta das declarações de princípios assumidas pelas entidades corporativas na perspectiva da sua responsabilidade social. Isto porque, no tocante a temática alcançada pela autorregulação, deve-se evitar certos paradoxos na delegação da atividade de supervisão aos entes privados, quando se deparam com práticas irregulares do mercado. Faz-se esta ressalva por força do marco inaugurado pela lei de lavagem de capitais, quando da convocatória inicial para os agentes do sistema financeiro a aturem como verdadeiros *gatepekeepers* do sistema para, na sequência, convocarem um maior número de particulares relacionados com atividades sensíveis a ocultação ou a dissimulação do dinheiro de origem ilícita, entre eles os joalheiros, agentes do mercado imobiliário etc. Todavia, uma convocação desmedida poderá ser contraproducente com os objetivos de prevenção, criando-se, assim, uma certa perturbação nas relações sociais. Tal assertiva encontra amparo diante dos anseios em ampliar esse rol, alterando a própria essência de algumas profissões, entre elas a do advogado, ao impor obrigações de detectar e comunicar eventuais operações irregulares do seu cliente relacionadas com a lavagem de dinheiro.[63]

Quanto à efetividade das declarações de princípios em favor de uma ética empresarial, retratada na expansão dos códigos de conduta nos entes corporativos, para que estas não permaneçam apenas em um plano abstrato, de revestimento superficial da imagem da empresa com fins exclusivamente lucrativos, há de se gerir o desenvolvimento e a aplicação dessas diretrizes éticas e sociais, pois caso contrário, teremos um efeito negativo consistente nos desvios éticos da empresa e dos seus membros. Com razão, Navas Moncada tem destacado que os códigos de conduta seriam os antecessores imediatos dos atuais programas de *Compliance*.[64]

Uma vez implementado os procedimentos de *Compliance* – a serem desenvolvidos de acordo com o nível de risco da empresa – deverá se verificar se todos os destinatários estão cumprindo com as determinações impostas e

62. Idem, ibidem.

63. Por todos, vide BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de Blanqueo de capitales*, p. 549-551.

64. NAVAS MONCADA, Iván. Op. cit., p. 127.

comunicando as eventuais infrações ocorridas.[65] Seria inútil o esforço para a estruturação de procedimentos preventivos se, na prática, estes não forem adequadamente cumpridos, monitorados e auditados.[66] Os deveres empresariais advindos dos programas de cumprimento, nas palavras de Bacigalupo, não se limitam a observar mandamentos jurídicos, mas impõe a obrigação de instaurar um departamento especial de controle e vigilância.[67] No sistema corporativo este papel ficará a cargo do setor interno de *Compliance* operado por meio de esforços de orientação, divulgação, reforço de normativas internas, formação de empregados e investigação de atividades suspeitas, tudo sob a supervisão de uma pessoa responsável, identificada pelo termo inglês *Compliance officer*.[68] Esta função terá poderes definidos na estrutura organizacional e deverá conhecer os riscos específicos da empresa a fim de que possa exercer seu dever de controle e vigilância.

Também é frequente neste setor a adoção de procedimentos internos para que os próprios empregados ou terceiros (como provedores e clientes) possam denunciar condutas irregulares realizadas por diretores ou servidores da própria empresa. Este fenômeno conhecido como *Whistleblowing*[69] ou *denunciante cívico*[70] – com ampla tradição na legislação americana[71] – encontraria justificativa não apenas na conveniência de um bom governo corporativo visando con-

65. MAEDA, Bruno Carneiro, Op. cit., p. 197.

66. Idem, p. 198. Vide ainda especificamente COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. Op. cit., especificamente o cap. 8, p. 107-114. A título ilustrativo, cite-se o "Guia das Boas Práticas sobre Controle Interno Ética e *Compliance*" da OCDE destinada às empresas, visando *assegurar a eficácia dos seus procedimentos de controle interno para prevenir e detectar a corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais como diretriz não vinculante para o desenvolvimento e cumprimento dos programas de prevenção.*

67. BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal.* p. 106.

68. GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del compliance officer por infracción del "deber de control": una aproximación tópica. p. 166. No Brasil, vide o texto de BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal Compliance. *Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal.* p. 81-82.

69. RAGUES I VALLÈS, Ramón. Los procedimientos internos de denúncia como medida de prevención de delitos en la empresa. p. 161 e ss. Aprofundando a temática, deste mesmo autor vide *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal.* p. 19 e ss.

70. Segundo a denominação dada pela doutrina espanhola. Vide NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal...* cit., p. 254.

71. RAGUES I VALLÈS, Ramon. Los procedimentos internos... cit., p. 163.

solidar uma verdadeira ética profissional, mas também em motivações de política criminal, segundo as quais esse instrumento facilitaria o descobrimento e a prevenção de um delito a ser praticado dentro de uma estrutura corporativa, a qual sabidamente revela uma dificuldade de acesso por parte da autoridade policial e judicial.[72]

Entretanto, a solução aos questionamentos a respeito dos destinatários nos procedimentos internos de denúncia, da impossibilidade do anonimato, dos canais de comunicação, assim como das providências para confirmar a veracidade dos fatos e, finalmente, a transferência dessas informações às autoridades, encontra seus limites nos direitos do empregado,[73] demandando-se um estudo alheio aos estreitos ditames desta reflexão. Isto porque é manifesto sua preliminar incidência na norma laboral (garantia da confidencialidade e do emprego do denunciante, além de inúmeras expressões relacionadas ao Direito da personalidade, tal qual expresso no inc. X do art. 5.º da CF), e eventualmente, na norma civil, caso se ateste a improcedência da noticia do fato delitivo, ensejando medidas reparatórias. Essa observação não inviabiliza apontar a existência de uma intrínseca relação do "denunciante cívico" com a auto-organização empresarial destinada à prevenção e ao esclarecimento de delitos.[74] Da mesma forma, não é demais assinalar que esse instrumento está inserido, sobretudo na experiência comparada, em um conjunto de medidas destinadas a contra-arrestar os fatores criminógenos germinados na estrutura empresarial,[75] daí porque não poderá ter um emprego isolado nos programas de cumprimento. Frise-se, contudo, que na tradição brasileira não é comum o incentivo à figura do denunciante cívico, nem se promovem canais de recebimento de denúncias relativas a desvios de condutas, seja no âmbito público, seja no âmbito empresarial, valendo ressaltar, ainda, que a aplicação automática e sem filtros necessários de adaptação tornará a medida meramente simbólica, com alcance restrito a uma promoção publicitária. Quanto às investigações internas, todo *Compliance* que pretenda incorporar este mecanismo de averiguação de irregularidades ou de fatos delitivos deverá respeitar *escrupulosamente os direitos dos trabalhadores*.[76]

72. Idem, p. 162.

73. MASCHMANN, Frank. Compliance y derechos del trabajador. p. 147.

74. NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidade penal...*, cit. p. 257.

75. NIETO MARTÍN, Adán. Idem. p. 41.

76. GÓMEZ MARTÍN, Victor. Op. cit., p. 146. No Brasil, a respeito da atuação do advogado nas investigações internas, vide os estudos de ROCHA JR., Francisco Monteiro; PEREIRA,

3. *CRIMINAL COMPLIANCE* COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL NA PREVENÇÃO DOS DELITOS ECONÔMICO-EMPRESARIAIS

Ao descrever os "afluentes" de distinta procedência,[77] que desembocam no grande rio do *Compliance*, indaga Nieto Martín, a respeito da contribuição do Direito penal à autorregulação empresarial e a forma como se deve coordenar o intricado conjunto de normas internas que permeiam esses afluentes.[78] O primeiro passo, para elucidar o alcance de cada vertente, encontra-se na evidência de que o Direito penal "tem sido o último convidado a essa festa corporativa da autorregulação".[79] E não poderia ser diferente, com a ressalva de não se tratar de um tópico da dogmática penal, mas sim de um instrumento da política criminal de prevenção. Portanto, o convite oficial foi primeiro direcionado a esta última.

Considere-se, ao mesmo tempo, a demanda da antecipação da responsabilidade como critério de regulação, sendo a dogmática chamada apenas posteriormente, para resolver problemas relacionados à imputação. Diga-se a respeito: trata-se esta de um espaço de problematização concernente ao Direito penal econômico.[80] Dessa observação se presume a adoção de normas internas que nascem das "afluentes" incorporadas pela empresa (seja das normas de obrigações no âmbito da prevenção de riscos, das inerentes ao cumprimento normativo do governo corporativo e finalmente da execução dos códigos éticos comprometidos na luta contra a corrupção público/privada). Essa conclusão parte da premissa de que uma estrutura empresarial tenha necessariamente adotado tais vertentes, pois são verdadeiros alicerces sob os quais se assentará um sistema de prevenção de fatos delitivos e minimização de riscos. A partir daí se conclui pelo seu estrito caráter político-criminal.

Gustavo Alberini. O papel do criminalista nos programas de *compliance*. p. 5 e LUCCHESI, Guilherme Brenner. Considerações iniciais acerca da Lei Anticorrupção e os novos desafios da advocacia criminal. p. 8.

77. Leiam-se as três vertentes: (a) a legislação no âmbito da prevenção de riscos laborais, da lavagem de dinheiro, do mercado de valores, da corrupção público/privado etc., normativa que impõe às empresas a obrigação de adotar controles internos para prevenir infrações penais; (b) o governo corporativo, princípio reitor da atividade empresarial; (c) os códigos éticos adotados pelas grandes empresas, assumindo seu compromisso de prevenção do fenômeno da corrupção público/privado. Cfr. NIETO MARTÍN, Adán. *Problemas fundamentales*... cit., p. 23-25.

78. NIETO MARTÍN, Adán. *Problemas fundamentales*... cit., p. 26.

79. Idem, Ibidem.

80. ROTSCH, Thomas. Op. cit., p. 4.

Sob esta perspectiva, o *Criminal Compliance* seria fruto de um novo risco da atividade empresarial, de natureza normativa, o qual surge com a dificuldade do empresário em se adaptar a toda gama de normas que regem sua atividade, tais como as normas de proteção ao sistema financeiro, meio ambiente, consumidor, sistema tributário etc. Acrescente-se a essa necessária adaptação o seu compromisso de atuar na prevenção de práticas de corrupção, especialmente se sua atividade se relaciona com o poder público, e na adoção de específicas regras em favor da ética empresarial. Resulta claro, portanto, que o cumprimento normativo deva ser anterior à norma penal, evidenciando-se, claramente a incumbência para o empresário de novos ônus a serem computados em análises prévias acerca da viabilidade do empreendimento.

Deste modo, reafirme-se que o *Criminal Compliance* pode ser definido como prevenção de riscos da responsabilidade empresarial pelo descumprimento das regulamentações legais[81] extrapenais. Imperioso observar que cada ramo de atividade empresarial está sujeito a distintos riscos normativos inerentes à sua essência, de tal sorte que não existe um modelo padrão de programa de cumprimento, devendo ser construído e analisado em cada caso concreto. Anota Sieber que os programas de *Compliance* variam em seu conteúdo, à luz dos diversos objetivos, pois abarcam interesses não restritos ao âmbito da empresa (como pode ser a regulação das expectativas dos sócios proprietários e dos empregados), interesses esses que não raramente podem entrar em conflito, mas também incluem anseios dos sócios comerciais, dos consumidores e, diga-se, inclusive, interesses sociais (por exemplo, a atuação de ONGs em prol da preservação do meio ambiente).[82]

Outrossim, importa destacar que a tarefa das empresas não é cumprir com normas específicas de Direito penal, mas contar com mecanismos de gestão e controle interno eficazes para uma atuação diligente perante as normas sob as quais se encontra submetida em razão do seu empreendimento, leia-se: laboral, societária, administrativa etc. Dessa constatação se deduz que o objetivo dos programas de *Compliance* não é evitar, imediatamente, a responsabilização criminal, mas sim efetivar o cumprimento de normas legais (extrapenais), já que neste tipo de regulação a norma penal é simplesmente acessória.[83] Assumindo essa diretriz, o poder público poderá impor programas de cumprimento de três formas, ditando leis de conduta interna nas empresas, obrigando a

81. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., p. 22.

82. SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 71.

83. NIETO MARTÍN, Adán. *Problemas fundamentales...*, cit., p. 27.

cooperar com os órgãos de persecução criminal, ou tornando vinculantes os códigos de conduta internos. Países como Chile[84] e Itália[85] já desenvolveram políticas rígidas de cumprimento atreladas à verificação estatal. Sem incorrer em redundâncias, é perceptível que o *Criminal Compliance* é um instrumento de prevenção, inerente à política criminal.

Há de se ter em conta o alcance destes programas com a formação de *Compliance-officers* e departamentos especializados dentro das organizações empresariais. Como destaca Rotsch, algumas empresas estão formando departamentos tão específicos e desproporcionais que necessitam eles mesmos de subsistemas, enquanto uma grande parte das empresas que teriam motivo para se preocupar, especialmente as de médio porte, não fazem nada a respeito.[86] Pontualmente uma distinção se faz necessária para não abandonar uma perspectiva realista sobre o alcance dos programas de integridade. Ora, não se possui dados estatísticos para auferir o grau de adesão das empresas.[87] Aliás, é crível que apenas aquelas corporações devidamente consolidadas possam se adaptar, não sem certos obstáculos, às novas demandas da autorregulação empresarial e da integração com o mercado. Conforme prognóstico de Estellita, além da sobrecarga de deveres à pessoa responsável, a organização do *Compliance* dentro da empresa implicará um gasto considerável, devido aos custos elevados de uma assessoria jurídica de qualidade nessa área. Ao mesmo tempo, dessume-se, assim, uma falta de visão da onerosidade dessa normativa (decorrentes das obrigações previstas na lei de lavagem e na recente lei de anticorrupção), principalmente para as empresas de pequeno e médio porte.[88]

A esta altura, a reflexão teórica acerca do *Compliance Officer*, com recorda Silva Sánchez, remete consequentemente a tensões no âmago das categorias dogmáticas tradicionais, dentre as quais a da posição de garantidor.[89] Uma dis-

84. A respeito da normativa Chilena (Ley 20.393/2009) vide MATUS ACUÑA, Jean Pierre. La certificación de los programas de cumplimiento. p. 145 e ss.

85. Vide MANNA A., La C.D. Responsabilitá amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme. *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*. p. 507.

86. ROTSCH, Thomas. Op. cit.

87. Aliás, pode-se asseverar que, na realidade pátria, os programas encontram ampla receptividade no setor financeiro e cambial.

88. Cf. ESTELLITA, Heloisa. Proibir autolavagem resolveria injustiças trazidas pela nova lei. Entrevista realizada por Marcos de Vasconcellos. Disponível em: [www.consultorjuridico.com.br]. Acesso em: 08.08.2014.

89. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Teoria del delito*... cit., p. 56. Em relação ao *Compliance Officer* na posição de garantidor e desenvolvendo profunda análise desta figura na AP

cussão anterior sobre a eventual incumbência de deveres especiais à figura do advogado, interno ou externo da empresa, representava um indicativo da importância que veio a ser adquirida na atribuição do papel de garantidor dentro de sua estrutura organizacional, como é o caso da cúpula diretiva, dos administradores delegados, dos sócios e eventualmente de diretores setoriais ou gestores individuais. Anote-se, que a maior parte dos tipos penais econômico-empresarias exigem para sua configuração a violação de um dever extrapenal que resulta ser o elemento básico da autoria,[90] fato este a ressaltar a rigidez necessária na determinação dos critérios da obrigação do responsável por evitar a realização de uma lesão a um bem jurídico.

Vale dizer, a implementação de um programa de conformidade não implica – e nem poderia – na solução de questionamentos atrelados à decisão de um órgão tendente ao cometimento de um delito econômico, uma vez que esta preocupação a respeito de decisão colegiada, ou eventualmente de um representante com encargos expressos emanados pela norma societária e passíveis de confirmar a posição de garantidor, continuaram sendo objeto do Direito penal econômico.

Eis, com razão, que um dos maiores desafios desta criminalidade se encontra no campo da intervenção delitiva e na separação entre autor e partícipe, sobretudo em modelos organizativos descentralizados, nos quais se aumentam as dificuldades na apuração da responsabilidade penal. Tal estrutura de gestão, que permite o reparto de poder de decisão em uma pluralidade de sujeitos, acarreta uma fragmentação não só em relação à subsunção do tipo objetivo, mas também afeta a interação entre os órgãos de direção da empresa,

---

470, vide LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. p. 149. Ainda, vide as agudas reflexões de SCANDELARI, Gustavo Britta. *As posições de garante na empresa e o* criminal compliance*: primeira abordagem*. No prelo.

90. Em relação aos delitos de infração de dever vide ROXIN, Claus. *Autoria y domínio del hecho en derecho penal*. p. 385 e ss. Sobre a evolução desta categoria, vide BACIGALUPO, Silvina. *Autoria y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al derecho penal de los negócios*. p. 15 e ss. Os delitos de infração se caracterizam quando o tipo penal requer a infração de um dever extrapenal, o qual resulta ser o elemento básico da autoria. Este elemento seria o que permite caracterizar *a figura central do acontecer típico*. Isso determina que o domínio do fato não seja decisivo para configurar a autoria nesse caso e que a acessoriedade da ação não dependa do dolo de quem realiza a ação. Vide ROXIN, Claus. *Autoria*... cit., p. 387 e ss. 100. Na literatura penal pátria, recentemente, GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é... cit., p. 31 e ss.

repercutindo em seu elemento subjetivo.[91] Daí porque o surgimento desses "silos" criados entre os diversos órgãos possam ser evitados por um programa de *Compliance* diligente no controle da prevenção de riscos. No entanto, se o critério de imputação recair na ação de um indivíduo plenamente responsável, na autoria mediata ou na responsabilidade por um delito próprio de omissão, esse mecanismo de atribuição seguirá constituindo tópico inerente à dogmática penal, particularmente destinada à criminalidade de empresa.

Não se desconhece que o predomínio de uma concepção normativista da dogmática jurídico-penal, particularmente em delitos especiais, acabem por revisar outros institutos relacionados com a imputação da responsabilidade decorrente de um delito econômico empresarial. Cite-se, a titulo de exemplo, a temática da omissão imprudente, considerada pela doutrina como paradigma futuro da teoria do delito.[92] Nessa matéria é que tal proposição tem maior ressonância, ao revelar, em diversas tipologias específicas, elementos de dever incidentes para além da vontade consciente. Na citada seara, o caso concreto da lavagem de capitais, praticados no marco do "delito estrutural", ressoam na fragilização do aspecto volitivo do dolo, favorecendo a concepção meramente cognoscitiva. A percepção é agravada pela conhecida escassez do fenômeno da imprudência nesta seara. Demanda-se, portanto, nos delitos especiais, novas técnicas de tipificação capazes de representar toda a dimensão dos riscos dessas condutas. Aceitar acriticamente resultados oriundos da denominada "cegueira deliberada", favorecendo exclusivamente os elementos normativos do "devia saber", é ser solicito a demasiada expansão do Direito penal.

Essas considerações eminentemente teóricas refletem de forma idêntica no critério do risco permitido, nas condutas neutras de intervenção, na diminuição da importância do principio da autorresponsabilidade como principio válido para os delitos de domínio,[93] da restrita amplitude da teoria do domínio do fato para a determinação da responsabilidade dos membros superiores da empresa,[94] entre outros desafios adicionais impostos à dogmática jurídico-pe-

91. Silva Sánchez, Jesús-María. *Teoria del delito...*, cit, p. 49-50. No Brasil, vide: Estellita, Heloisa. Criminalidade econômica traz desafios para a dogmática penal. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 02.08.2014.

92. Vide, inicialmente: Günther, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. Un "cambio de paradigma" en el Derecho Penal? p. 502 e ss.

93. Vide Greco, Luis. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. p. 209.

94. Cfr. Greco, Luis; Assis, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. p. 83.

nal.[95] Caberia a cada um desses institutos um estudo próprio, o qual é impossível nos limites deste artigo.

Diga-se, a titulo de complemento, que essas considerações de cunho eminentemente dogmático não se confundem com o conteúdo do *Criminal Compliance* vinculado aos interesses expansivos da política criminal. Como salienta Rotsch, tal instituto representa não o propósito de se estabelecer uma reação jurídico-penal, mas a intenção de se antecipar e evitar a responsabilidade criminal.[96] Vislumbra-se, portanto, que tal acautelamento não se encontra no rol de preocupações da teoria do delito, que está interessada, sobretudo, na imputação do injusto culpável e suas consequências. Antes disso, o objetivo de prevenir tem justamente a função de afastar uma possível futura incidência da norma penal.

Não é por acaso que se restringe, no alcance da assessoria jurídica da empresa, o conteúdo estrito de um programa de integridade na esfera criminal. Evidentemente não se está a tratar de um simples parecer sobre determinado empreendimento a ser realizado pela diretoria da organização empresarial. A literatura especializada tem alertado acerca do papel a ser desempenhado pelo corpo jurídico para balizar os instrumentos de prevenção e minimização de riscos.[97] Assim sendo, torna-se imperiosa uma visão total da atividade da empresa, principalmente da interação entre os diversos órgãos com a tarefa de não se desvirtuar seu viés preventivo. O êxito de um efetivo programa de *Compliance* servirá como instrumento de defesa, objetivando uma redução ou até a exclusão da responsabilidade penal. Ou seja, deve demonstrar a sua capacidade de "prevenir, detectar e remediar"[98] irregularidades no setor empresarial. Neste ponto, tem se reivindicado a atuação de especialistas de Direito penal. Inicialmente, o papel de uma assessoria legal nesta seara se restringia à

95. Vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Teoria del delito...*, cit., p. 61 e ss. Na lição de Greco e Assis: a teoria do domínio do fato não facilita a responsabilização do superior hierárquico no âmbito dos delitos empresariais. Op. cit., p. 83.

96. ROTSCH, Thomas, Op. cit., p. 7.

97. GONZÁLES FRANCO, J. A.; SCHEMMEL, A.; BLUMENBERG, A. La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento. p. 155; SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. p. 245 e ss.

98. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiência comparada. p. 215; MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: Compliance Programs, investigaciones internas y neutralizaciones de riesgos penales. p. 224-225.

observância dos deveres concretos de informação sobre as regras da técnica e segurança da atividade da empresa, por parte dos administradores e altos diretores, principalmente em matéria de meio ambiente e de segurança laboral. Hodiernamente, essa atuação se ampliou, haja vista os deveres de diligência terem se reforçado, estendendo-se a outros âmbitos e a outros sujeitos, tal como o próprio ente corporativo.[99]

4. DESAFIOS NORMATIVOS DO *CRIMINAL COMPLIANCE* NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Conforme já devidamente assinalado, não há dúvidas de que na atualidade o *Criminal Compliance* constitui uma das formas de se evitar que a atividade empresarial conduza a realização de atos penalmente relevantes e que, caso venham a ocorrer, possam ser detectados e não repetidos.[100] A motivação, para tanto, decorreria da melhor posição da empresa, em face do Estado, para controlar e supervisionar a regularidade de suas atividades frente à norma penal. Assim, a preocupação com a implementação e o desenvolvimento de estudos sobre o *Criminal Compliance* acabam repercutindo na tradicional temática da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, pois estes programas, via de regra, apresentam-se como um conjunto de medidas para adoção de uma organização virtuosa com o escopo de evitar responsabilidade ou diminuir as sanções da empresa.[101]

Fato notório é que a responsabilização penal da pessoa jurídica se difundiu rapidamente na Europa e alcançou países como a Espanha, Bélgica, Dinamarca, Eslovênia, França, Finlândia, Portugal, Suécia e Suíça, sendo que a Alemanha e a Itália possuem sistemas administrativos que instituem sanções pecuniárias tão severas quanto às do remédio sancionador extremo.[102] Nesta linha, o Código Espanhol, por exemplo, estabelece a responsabilização criminal da pessoa jurídica em seu art. 31º *bis*, e no inc. 4.º, *d*, dispõe como circunstância

99. LASCURAIN, Juan Antonio. Compliance, debido control y unos refrescos. p. 114. A respeito da atuação em âmbitos que possuem regramentos jurídicos especiais, com ênfase no dever concreto de informar sobre regras técnicas e segurança da atividade econômica, além de seu reflexo no erro de proibição evitável, nos casos de consultoria jurídica, vide por todos. LEITE, Alaor. Existem deveres gerais de informação no direito penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. p. 228-231.

100. GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 55.

101. NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales... cit., p. 30.

102. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., p. 95-96.

atenuante o estabelecimento de medidas eficazes para prevenir e descobrir os delitos que possam ser cometidos por meio ou sob a cobertura da empresa, pouco esclarecendo sobre os elementos necessários à análise judicial destas medidas de cumprimento.[103] De outro lado, as legislações italiana e chilena estabelecem critérios para a avaliação da eficácia dos programas de *Compliance*.[104] A partir disso, a estrutura e os reflexos dos programas de cumprimento devem ser analisados de acordo com o sistema normativo no qual a empresa exerce suas atividades.

No Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica está limitada a casos de crimes ambientais, previstos na Lei 9.605/1998, porém, a discussão entorno dos programas de cumprimento se consolidou com a introdução da Lei 12.843/2013, chamada lei anticorrupção, inspirada na Lei americana de práticas corruptas no exterior (FCPA na sigla em inglês) e nas recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).[105] Embora não seja uma Lei de conteúdo penal,[106] a forma de responsabilização adotada e a relevância das sanções previstas despertou a preocupação sobre os limites da responsabilidade empresarial.[107] Em seu art. 2.º estabelece que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas de forma objetiva, civil e administrativamente, pelos atos praticados em seu interesse ou benefício contra a administração pública. As penalidades aplicadas poderão chegar a valor equivalente a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto, ou, na impossibilidade deste cálculo, até o valor de R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), nos termos do seu art. 6.º. Se antes a responsabilidade da pessoa jurídica por ato de

103. A titulo exemplificativo, vide GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema español*. p. 15 e ss.

104. Vide notas 84 e 85, supra.

105. Cfr. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS. Igor. Nova Lei anticorrupção vai estimular *compliance*. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 08.08.2014.

106. Pelo menos no plano formal a lei se apresenta como norma administrativa. Nesse sentido são procedentes as observações criticas de BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 10.08.2014. Vide ainda, FACURY SCAFF, Fernando; JORGE SILVEIRA, Renato Mello. Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 10.08.2014.

107. Neste sentido, conferir as críticas de SIMANTOB, Fabio Tofic. Empresa não deve ser responsabilizada por crimes individuais. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 09.08.2014. Vide ainda: ARNS DE OLIVEIRA, Marlus H. A criminalização das pessoas jurídicas no Brasil à luz da Lei Anticorrupçao (Lei 12.846/2013). p. 1-3; BROTTO, Julio. A Lei anticorrupção e a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. p. 9.

corrupção e de fraude em contratos públicos estava atrelada a demonstração de culpa e individualização de condutas, agora é definida de forma objetiva em processo administrativo, independente da imputação de pessoas físicas.[108]

Precisamente a respeito das "diversas lógicas penais embutidas"[109] nessa normativa, verifica-se que além da sanção pecuniária e a publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6.°, II), proferidas na seara administrativa, as medidas sancionatórias podem alcançar – conforme proclama o art. 19.°, III – até o fechamento da empresa, quando da apuração da responsabilização judicial, denominando-se "dissolução compulsória". Na apreciação critica de Simantob,[110] esta sanção extrapola o limite do razoável ferindo inclusive princípio constitucionalmente assegurado, qual seja o caráter individual da pena, possibilitando atingir terceiros alheios a eventual ato de corrupção a servidor público. Referida medida extrema vem sendo identificada pelo mercado como uma "pena de morte" empresarial.[111]

Em razão da ausência da regulamentação (parágrafo único do art. 7.°), não se conhecem os parâmetros a serem considerados para a efetivação dos programas de conformidade acolhidos expressamente no art. 7.°, VIII, como critério de dosimetria da sanção. Evidentemente a incorporação do *Compliance* por parte da empresa pressupõe a existência de assessoria jurídica que coloque em desenvolvimento os mecanismos internos de prevenção, auditoria e incentivos à denúncia de irregularidades, além de um acompanhamento da instauração do código de ética e de conduta. Desde a aplicação isolada da sanção pecuniária nos seus valores mínimos (um décimo por cento do faturamento bruto do último exercício anterior, art. 6.°, I), até a imposição, como espécie de exculpante administrativa, quando da constatação da adoção dos controles internos, poderiam ser acolhidos no regulamento da normativa como critérios objetivos para a fixação da sanção. Enquanto não houver essa definição, permanecerá em um plano abstrato de reflexão, decorrente da singularidade imprecisa do caput do art. 7.°: "serão levados em consideração na aplicação das sanções", o alcance dos Programas de *Compliance* e de suas verdadeiras consequências práticas. Convém observar que de todos os critérios eventualmente perquiridos

108. Recentemente vide os comentários a Lei 12.846/2013, elaboradas por SANTOS, José Anacleto Abduch et al. *Comentários à Lei 12.846/2013: lei anticorrupção*. p. 186 e ss.

109. FACURY SCAFF, Fernando; JORGE SILVEIRA, Renato de Mello. Op. cit.

110. SIMANTOB, Fabio Tofic. Op. cit.

111. Cf. TOSTES, Sergio; GOMES TOSTES, Maria Hetilene. Brasil agora tem lei que trata da responsabilização objetiva. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: ago. 2014.

para a avaliação dos mecanismos de controle na quantificação da penalidade, mesmo diante da cogitação como exculpante a mesma não elide a reparação integral do dano causado (art. 6.°, § 3.°), nem exime de eventual responsabilidade penal.

Na experiência comparativa um dos pontos avançados de discussão é a submissão facultativa a um sistema de certificação às empresas que adotaram um modelo de prevenção. A obtenção de uma certidão, expedida por empresas de auditoria externa ou entidades registradas,[112] indicando que o *Compliance* adotado contempla todos os requisitos estabelecidos pela lei, em relação a "(...) *situação tamanho, giro, nível de ingressos e complexidade da pessoa jurídica*",[113] tem um efeito claro e delimitado no âmbito penal, o de servir em juízo como causa de redução de pena.[114] Dentre as diversas razões apresentadas para não conferir ao sistema de certificação o caráter de isenção *ex ante* de responsabilidade penal, ou melhor, conforme as palavras de Matus Acuña, uma espécie de *Bula papal*,[115] encontra-se a ideia de que o indivíduo não será eximido da pena por ter conduzido virtuosamente sua vida passada, mas sim pelo fato concreto praticado. Trata-se do imperativo do principio da culpabilidade, ou seja, julga-se o fato concreto e não o modo de vida do acusado. Poderia se perquirir outras motivações que fundamentam a impossibilidade de conferir um tratamento de exculpante como efeito real pela adoção e implementação efetiva de modelos de prevenção devidamente "certificados", mas nesta sede se vislumbra apenas um papel a ser desempenhado no futuro como condições gerais para o desenvolvimento de certas atividades econômicas por parte das empresas, quase nos moldes das certificações sanitárias e técnicas exigidas para a participação em certos mercados e em atividades econômicas especificas.[116] Assinale-se, contudo, que esta última assertiva em nada desacredita o valor do *Criminal Compliance* como ferramenta de defesa, pois, mesmo para servir como circunstância atenuante ou de redução de pena quando da apuração de eventual responsabilidade penal, deverá funcionar corretamente desde o princípio, contando no programa com a intervenção de especialistas em matéria de direito penal.[117]

---

112. No Chile as entidades que emitem essa certidão estão registradas na Superintendência de Valores e Seguros, o equivalente funcional da SEC dos Estados Unidos da América. Vide MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Op. cit., p. 147.

113. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Op. cit., p. 147.

114. Idem, ibidem.

115. Idem. p. 151. Ainda nesse sentido, vide GONZÁLES FRANCO, J. A. et. al. Op. cit., p. 158

116. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Op. cit., p. 153.

117. GONZÁLES FRANCO, J.A. et al. Op. cit., p. 160-161.

No tocante, novamente, à normativa brasileira, um outro aspecto, amplamente questionado pela doutrina, é a iniciativa do poder de investigação conferida a entidades que tradicionalmente não têm essa cultura, nem possuem estrutura mínima para atuar como órgãos de fiscalização, ajuizando ações a fim de responsabilizar pessoas jurídicas infratoras. Ilustrativamente, pela leitura do art. 8.º, depreende-se que essa atribuição também é outorgada a esfera do poder municipal. Scaff-Silveira apresentam exemplo significativo da possibilidade de instrumentalização desta norma, como nos casos do seu exercício contra empresas financiadoras de campanha de adversários políticos, daqueles que detêm o poder.[118] O escopo da norma é prevenir a corrupção praticada por empresas que se relacionam com o poder público. Tal desiderato restará frustrado e poderá se tornar justamente um fator potencializador dos desvios que a *ratio* da lei pretende coibir.

O chamado acordo de leniência previsto no art. 16.º, mereceria um estudo à parte, sobretudo pelas implicações de uma lógica penal presente em uma norma de conteúdo eminentemente administrativo e civil. Não restam dúvidas que este tópico é o mais expressivo do traslado de um instituto de matriz jurídico-penal para a seara administrativa. Para a norma jurídico-penal, a relevância de comportamentos *post*-delitivos encontra legitimidade nos interesses de política criminal vinculados com a teoria dos fins da pena. Seguindo a lição de Roxin, a reparação do dano é intrínseca ao tratamento ressocializador da pena,[119] sendo que condutas *post*-delitivas positivas se inserem no marco do instituto da desistência voluntaria, afetando especificamente a punibilidade do injusto cometido, sempre e quando se reúnam os requisitos impostos pela lei, seja de natureza objetiva (por exemplo, impossibilidade nos casos em que houver emprego de violência), seja de ordem subjetiva (quando exige espontaneidade antes do início do procedimento investigatório).

Torna-se evidente que o uso destes institutos: desistência voluntária, colaboração premiada entre outros, integram a realidade de um Direito penal de matriz funcionalista-teleológica, que atrelam às categorias dogmáticas do delito aos critérios de prevenção geral e especial da pena. Os limites deste estudo não permitem fazer o respectivo contraponto entre os institutos de natureza penal e do alcance dos benefícios legais com a proposta assaz restrita do acordo de leniência. Em outras palavras, conceder a redução em até

118. FACURY SCAFF, Fernando; JORGE SILVEIRA, Renato de Mello. Op. cit. Vide ainda SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: balanço de um semestre de muitos desacertos. p. 11.

119. Vide ROXIN, Claus. La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones. p. 21.

dois terços da multa (art. 16.°, § 2.°), isentar a pessoa jurídica da publicação extraordinária da decisão condenatória, não proibir o recebimento de incentivos de entidades públicas, e ao mesmo tempo não eximir da reparação integral do dano (art. 16.°, § 3.°), representam medidas evidentemente desproporcionais, quando se observa o alto grau de exigências positivas de colaboracionismo em detrimento dos possíveis benefícios a serem concedidos por força de sua adoção.[120]

Uma consideração se faz necessária: não se ignora que, na hipótese de envolver companhias de grande prestígio e aceitação social, a eventual publicação extraordinária de uma decisão condenatória (art. 6.°, II) possa representar um dano irreversível a sua imagem e, portanto, o óbice a tal divulgação poderá ser satisfatório a seus interesses. Todavia, e a título de provocação, indaga-se a respeito das garantias que o poder público pode oferecer para impedir que os meios de comunicação efetivamente não divulguem o objeto do acordo. A lei parece desconhecer postulados de natureza constitucional que certamente seriam violados, hipótese que demandará o pronunciamento do Poder Judiciário. Advirta-se, por outro lado, não existir nenhum dispositivo específico das repercussões penais relacionadas com os fatos englobados no acordo, e que possam, eventualmente, recair sobre as pessoas físicas. Infere-se, deste modo, que o benefício contemplaria apenas a pessoa jurídica,[121] não excluindo a responsabilidade penal das pessoas físicas (Diretores da Empresa entre outros) pelo eventual crime de corrupção praticado. Afirma-se, neste sentido, ser controvertida sua vantagem ao não prever o perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade ou a sua conversão em restritiva de direitos em razão da cooperação com o poder público.[122]

---

120. Diferentemente do enunciado na Lei 12.529/2011, "nova lei antitruste", que em seu artigo 87, prevê, nas hipóteses dos crimes contra a ordem econômica, e nos demais relacionados à prática de Cartel, que *a celebração do acordo de leniência, determinará a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento ao oferecimento da denúncia em face do agente beneficiado*. Ainda, o parágrafo único desse artigo descreve que *uma vez cumprido o acordo de leniência extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes por ele abrangidos*. Recentemente, na doutrina nacional, estabelecendo um quadro comparativo entre a lei antitruste e lei 12.846/13 e os benefícios decorrentes de cada uma delas, vide COSTÓDIO FILHO, Ubirajara et al. *Comentários à Lei 12.846/2013: lei anticorrupção*. p. 232 e ss.

121. Vide ALBINO, Emerson. Há chances de a Lei anticorrupção "pegar". Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br]. Acesso em: 12.08.2014.

122. SALES, Luis Otávio. Lei anticorrupção: a confissão de prática de crime e acordo de leniência. p. 7.

Esta ponderação, sobre a dimensão do acordo de leniência, comprova mais uma vez a lógica penal inserida nessa normativa, sem, contudo, trazer consigo princípios e garantias próprias da *ultima ratio* do ordenamento. Consciente de que a análise ofertada se restringe apenas a aspectos formais da denominada Lei anticorrupção, com ênfase no seu revestimento sancionador e nas consequências advindas de uma responsabilidade objetiva, se augura, com a sua plena vigência e execução, uma maior conscientização da necessidade de transparência no relacionamento entre o gestor público e o ente privado,[123] inobstante a falta de credibilidade das instituições às quais se confere a iniciativa para apuração de responsabilidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma refletida incursão na temática do *Compliance* comprova sua abrangência e importância como instrumento de prevenção de práticas delitivas e minimização dos riscos da atividade empresarial. Refletir sobre os programas de conformidade normativa é revelar concretamente a delegação às empresas da função de prevenção de ilícitos, a qual era, anteriormente, submetida ao Estado. Não sem razão se dessume uma certa privatização do controle da criminalidade e da prevenção do delito de empresa. Essa perspectiva vai ao encontro da reconfiguração das relações entre o Estado e a sociedade. Neste cenário, é nítida a transferência de meios e de funções do poder público para o campo privado. Em diversos setores, e em especial no âmbito das empresas, constata-se a incumbência dessa delegação, mediante a adoção de medidas de *autorregulação regulada*, como fórmula adequada para superar os problemas na execução de normas jurídicas.

Também resta evidente que o *Compliance* não se resume a um mero programa de controle e de vigilância incorporado pelas empresas, mas se insere numa proposta de ações positivas destinadas a consolidar uma cultura de transparência e de legalidade dentro da estrutura empresarial, reforçando, assim, a partir da efetiva execução dos Códigos Éticos, uma maior fidelidade ao ordenamento jurídico. Daí porque a assunção concreta de programas de integridade impõe deveres normativos, sobretudo os decorrentes da legislação de prevenção de riscos laborais, da corrupção público-privada, da lavagem de dinheiro e do abuso do poder econômico.

O âmbito dessas obrigações legais, albergadas nos programas de *Compliance*, denota seu caráter eminentemente preventivo no controle de riscos e na an-

123. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS. Igor. Op. cit., *ibid.*

tecipação de uma eventual responsabilidade penal. Essa feição, consequentemente, revela a natureza do instituto ora analisado: trata-se de um instrumento atrelado às finalidades expansivas da Politica Criminal. Qualquer vínculo com a dogmática jurídico-penal encontra sentido apenas quando o *Criminal Compliance* não detecta as transgressões, e isto poderá se dar eventualmente de forma deliberada, propiciando a configuração de um fato punível atinente à criminalidade empresarial. Não pairam dúvidas que nesta seara a ocorrência delitiva enseja a constante revisão das categorias de imputação, bem como da sistemática do injusto culpável.

A guisa de conclusão, no tocante à Lei anticorrupção, esta inaugura, na realidade pátria, um novo marco nas relações entre o poder público e a iniciativa privada. Em que pese a declarada natureza administrativo-civil, as lógicas penais são claramente perceptíveis nessa normativa. Ao acolher a responsabilidade da pessoa jurídica por atos lesivos à administração pública, assim o fez sem atentar para as garantias próprias do processo penal. Igualmente, uma análise sumária permite inferir que o quadro sancionador, especificamente no tocante ao alcance de um efetivo programa de *Compliance*, demanda necessária regulamentação, apta a definir os efeitos jurídico-penais desse instrumento. Vale dizer, a sua utilidade para a defesa poderá se constituir, diante de uma persecução criminal, em uma verdadeira exculpante ou, ainda, em uma causa de diminuição de pena, conforme se depreende da experiência comparativa. De maneira similar, o acordo de leniência, nos moldes propostos especificamente para as pessoas físicas, representantes da empresa, não se coaduna com os benefícios penais presentes nos comportamentos positivos pós-delitivos. Além de demandar diversas ações de colaboração por parte da empresa, deixa a descoberto a possibilidade de uma ação penal em face de seus dirigentes, dificultando uma concreta adesão aos termos e efetiva aplicação desse instituto.

Muito embora a pretensão dessa normativa direcione o *Compliance* como instrumento de prevenção de práticas corruptivas vinculadas à administração pública, não esgota aí todo seu potencial teórico e prático, já irradiado na Lei de lavagem e na Lei Antitruste.

6. BIBLIOGRAFIA

ALBINO, Emerson. Há chances de a Lei anticorrupção "pegar". Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br]. Acesso em: 12.08.2014.

ARNS DE OLIVEIRA, Marlus H. A criminalização das pessoas jurídicas no Brasil à luz da Lei Anticorrupçao (Lei 12.846/2013). *Cadernos Jurídicos*. n. 50. abr. 2014.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011.

BACIGALUPO, Silvina. *Autoria y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al derecho penal de los negócios*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal Compliance. *Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La intervención delictiva del Compliance Oficcer. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo et al (eds.). *Compliance y teoria del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BLANCO CORDERO, Isidoro. Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (Compliance) desde una perspectiva criminológica. *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminologia*. n. 23. p. 118. San Sebastian, 2009.

_____. *El delito de Blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 2012.

BOCK, Dennis. Compliance y Deberes de vigilância en la empresa. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo et al (eds.). *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 10.08.2014.

_____; TAMASAUSKAS. Igor. Nova Lei anticorrupção vai estimular *compliance*. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 08.08.2014.

BROTTO, Julio. A Lei anticorrupção e a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. *Boletim Trimestral do Escritório Professor René Dotti*. ano. 9. Curitiba, abr.-maio-jun. 2014.

COCA VILA, Ivó. Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de* compliance. São Paulo: Atlas, 2010. p. 28-31.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara et al. *Comentários à Lei 12.846/2013: lei anticorrupção*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

ESTELLITA, Heloisa. Criminalidade econômica traz desafios para a dogmática penal. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 02.08.2014.

_____. Proibir autolavagem resolveria injustiças trazidas pela nova lei. Entrevista realizada por Marcos de Vasconcellos. Disponível em: [www.consultorjuridico.com.br]. Acesso em: 08.08.2014.

ESTEVE PARDO, José. *La nueva relación entre Estado y Sociedad*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

FACURY SCAFF, Fernando; JORGE SILVEIRA, Renato Mello. Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 10.08.2014.

FERGUSON, Charles H. *O sequestro da América. Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. São Paulo: Zahar, 2014.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del compliance officer por infracción del "deber de control": una aproximación tópica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant lo Banch,2013.

GÓMEZ-JARA, Carlos Diéz. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

GÓMEZ MARTÍN, Victor. Compliance y derechos de los trabajadores. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo et al (eds.). *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema español*. Valladolid: Lex Nova, 2010.

GONZÁLES FRANCO, J. A.; SCHEMMEL, A.; BLUMENBERG, A. La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant lo Banch, 2013.

GRECO, Luis. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____ et al. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: _____ et al. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. Un "cambio de paradigma" en el Derecho Penal? In: _____. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

JUDT, Toni. *Algo va mal*. Trad. Belén Urrutia. Madrid: Taurus, 2010.

KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: _____ et al. *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LASCURAIN, Juan Antonio. Compliance, debido control y unos refrescos. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant lo Banch, 2013.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons.

_____. Existem deveres gerais de informação no direito penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 23. Coimbra, abr.-jun. 2013.

LEÓN BERINI, Arturo Gonzales de. Autorregulación empresarial, ordenamento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los limites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Considerações iniciais acerca da Lei Anticorrupção e os novos desafios da advocacia criminal. *Cadernos Jurídicos*. n. 50. abr. 2014.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra et al (coord.). *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier.

MANDEL, Gabriel. Departamento jurídico é fonte de recursos para empresas. Disponível em: [www.consultorjuridico.com.br]. Acesso em: 06.08.2014.

MANNA A., La C.D. Responsabilitá amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme. *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, 2002.

MANSDÖRFER, Marco. Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo. Disponível em: [www.indret.com]. Barcelona, abr. 2007.

MARTÍN, Adán. *El derecho penal en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MASCHMANN, Frank. Compliance y derechos del trabajador. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo et al (eds.). *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. La certificación de los programas de cumplimiento. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant lo Banch, 2013.

MIRÓ LLINARES, Fernando. Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoria del delito en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. (III) intervención delictiva. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (dirs.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, 2013.

MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: Compliance Programs, investigaciones internas y neutralizaciones de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo et al (eds.). *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiência comparada. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant lo Banch, 2013.

NAIM, Moises. *O fim do poder: nas salas da diretoria ou nos campos de batalha, em igreja ou Estados, por que estar no poder não é mais o que costumava ser?* São Paulo: LeYa, 2013.

NAVAS MONDACA, Iván. Los códigos de conducta y el derecho penal económico. In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. *El derecho penal econômico en la era del compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

_____. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

_____. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo et al (eds.). *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

RAGUES I VALLÈS, Ramón. Los procedimientos internos de denúncia como medida de prevención de delitos en la empresa. In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

_____. *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons. 2013.

RAJAN, Raghuram G. *Grietas del Sistema. Por qué la Economía Mundial sigue amenazada*. Trad. Blanca Ribera. Barcelona: Deusto, 2011.

ROCHA JR., Francisco Monteiro; PEREIRA, Gustavo Alberini. O papel do criminalista nos programas de *compliance*. *Cadernos Jurídicos*. n. 50. abr. 2014.

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. *Revista para el análisis del Derecho*. p. 2 e ss. Barcelona, jan. 2012. Disponível em: [www.indret.com]. Acesso em: 04.08.2014.

ROXIN, Claus. *Autoria y domínio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones. *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania"*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992.

SACHS, Jeffrey. *El precio de la civilización*. Trad. Estrella Trincado. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2012.

SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo et al (eds.). *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SALES, Luis Otávio. Lei anticorrupção: a confissão de prática de crime e acordo de leniência. *Boletim Trimestral do Escritório Professor René Dotti*. ano. 9. Curitiba, abr.-maio-jun. 2014.

SANTOS, José Anacleto Abduch et al. *Comentários à Lei 12.846/2013: lei anticorrupção*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei anticorrupção é substancialmente de caráter penal. Disponível em: [www.consultorjuridico.com.br]. *Consultor Jurídico*, 05.02.2014.

SCANDELARI, Gustavo Britta. *As posições de garante na empresa e o* criminal compliance*: primeira abordagem*. No prelo.

SCHUNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2004.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant lo Banch, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: _____. *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (dirs.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, 2013.

SIMANTOB, Fabio Tofic. Empresa não deve ser responsabilizada por crimes individuais. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 09.08.2014.

SMITH, Adam. *A riqueza das Nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: balanço de um semestre de muitos desacertos. *Boletim do IBCCrim*. n. 260, jul. 2014.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TOSTES, Sergio; GOMES TOSTES, Maria Hetilene. Brasil agora tem lei que trata da responsabilização objetiva. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: ago. 2014.

WOLFE, Barry. Grandes corporações tem desafios para implantar o *Compliance*. *Conjur*. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 07.08.2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O acordo de leniência na Lei Anticorrupção, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RT* 947/157 (DTR\2014\9948); e
- Política antitruste e governança corporativa no Brasil. Os programas de *compliance* como boas práticas de governança, de Enrico Spini Romanielo e Germano Mendes de Paula – *RIBRAC* 20/253-295 (DTR\2011\5228).

RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. *Criminal Compliance* – Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 341-376. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

Processo Penal e História

A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo

Criminal Procedure and History
The origin of criminal procedure systems accusatory and inquisitorial

Miguel Tedesco Wedy

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Professor de Direito Penal e Processo Penal na Unisinos e na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Coordenador Executivo do Curso de Direito da Unisinos. Advogado criminalista

Raul Marques Linhares

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Unisinos. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, bolsista Capes. Membro do grupo de pesquisa "Sistemas Punitivos", coordenado pelo Prof. Dr. André Luís Callegari. Advogado criminalista.

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O presente artigo se propõe a fazer uma reconstrução histórica dos primórdios dos sistemas processuais penais acusatório e inquisitivo, os quais exercem maior influência na disciplina processual penal brasileira e cuja discussão se manteve, ao longo da história, como uma problemática atual e decisiva. Objetiva-se proporcionar uma maior compreensão desses sistemas processuais, especialmente em relação ao pensamento ideológico que os funda, por meio do estudo de suas bases históricas. Assim, analisar-se-ão os elementos de destaque, nessa temática, do processo penal das antigas civilizações grega e romana, além do processo aplicado na época da Santa Inquisição.

Palavras-chave: Sistemas processuais penais - Acusatório - Inquisitivo - História - Grécia - Roma - Inquisição.

Abstract: This article proposes to make a historical reconstruction of the beginnings of the accusatory and inquisitorial criminal procedural systems, which still have larger influence on the Brazilian penal procedural discipline and whose discussion remained, throughout history, as current and critical issues. It aims to provide a larger comprehension of these procedural systems, especially in relation to ideological thinking that founds them, through the study of their historical bases. So, it will analyze the elements featured, in this thematic, of the criminal procedure of the Greek and Roman ancient civilizations, besides the process applied at the Holy Inquisition time.

Keywords: Criminal procedural systems - Accusatory - Inquisitorial - History - Greece - Rome - Inquisition.

Wedy, Miguel Tedesco; Linhares, Raul Marques. Processo Penal e História - A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 379-412. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Evolução histórica dos sistemas processuais penais: 2.1 Processo grego; 2.2 Processo romano: 2.2.1 Primeiro período: o Período Régio; 2.2.2 Segundo período: a República; 2.2.3 Terceiro período: o Principado; 2.2.4 Quarto período: a Monarquia Absoluta; 2.3 O processo inquisitivo canônico – 3. Conclusão – 4. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Considerando-se o processo como um sistema estruturado de atos a se desenvolverem no tempo, pode-se concluir pela necessidade da adoção de uma determinada forma para que o próprio processo siga o seu curso. Com isso, é atribuído sentido ao processo, que serve especialmente como um dique contra o abuso de poder e a violação de garantias.

Ao contrário do que já se afirmou, o debate entre os sistemas acusatório e inquisitivo não está esgotado e não se pode esgotar, pois é só a partir da clivagem oriunda dessa discussão que brotará um sistema mais ou menos democrático.

Desse modo, é deveras importante resgatar toda a tradição do estudo histórico acerca desse tema. Como chegamos até aqui? Para responder tal questão, impõe-se deambular pelo histórico do processo, desde uma noção de cariz acusatório, como na Grécia, até o momento histórico que viu irromper um sistema inquisitivo, com toda a sua força, e que nos influencia até hoje. Conhecendo essa problemática, buscar-se-á realizar, no presente trabalho, um estudo de reconstituição histórica dos sistemas processuais penais acusatório e inquisitivo, considerados aqueles de maior relevância para o cenário processual brasileiro, especialmente em relação à regulação da atividade probatória judicial. Direcionada a pesquisa a tais sistemas, elege-se como âmbito temporal para essa reconstrução, os processos vigentes nas antigas Grécia e Roma, assim como aquele aplicado no período da Santa Inquisição canônica.

Tem-se como relevante e indispensável a realização desse estudo, pois todas as disciplinas têm seus estatutos vinculados a elementos que são eminentemente históricos,[1] motivo pelo qual se defende que grande parte do conhecimento de determinado assunto apenas se faz possível quando aliado ao conhecimento histórico prévio.[2] Em se tratando do estudo do Direito, conforme advertido

1. FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introducción teórica a la historia del derecho*. Trad. Adela Mora C., Rafael Ramis B. e Manuel Martínez N. Madrid: Editorial Dykinson, 2012. p. 24.

2. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodología jurídica*. Trad. J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994. p. 30; MORELLI, Mariano G. Derecho, historia, lengua y cultura en el pensamiento de Savigny. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía*

por Rudolf Stammler, a importância do conhecimento histórico apresenta duas significações essenciais: auxilia na compreensão do sentido de institutos jurídicos e das circunstâncias sociais atuais, além de se apresentar útil para que se consiga traçar o melhor caminho a trilhar em direção ao futuro.[3]

Ilustrativas da importância desse levantamento histórico são as palavras de Moacyr Lôbo da Costa, em prefácio da obra de Rogério Lauria Tucci: "O estudo aprofundado do direito processual, como ramo da ciência jurídica, pressupõe o estudo de sua história, o conhecimento de suas fontes, para a pesquisa da origem e finalidade dos seus institutos. Ciência auxiliar a história é, entretanto, imprescindível à ciência do direito. Efêmero é o labor daqueles autores que pretendem construir teorias sobre a base exclusiva do direito positivo, ignorando as lições da história. Suas obras têm a duração das rosas de Malherbe (...) fenecem com a revogação das leis (...)".[4]

Assim, o estudo da história do processo será realizado com o objetivo de facilitar a compreensão dos sistemas processuais penais abordados atualmente, suas características fundamentais, seus objetivos e sua adequação com o sistema jurídico vigente. Fica evidente, então, que a análise histórica não se apresentará como um fim em si mesmo, pois, conforme René Descartes, "(...) quando somos curiosos demais das coisas que se faziam nos séculos passados, costumamos permanecer muito ignorantes das que se praticam neste".[5] O grande objetivo do estudo histórico a ser realizado será sua confrontação, enquanto criador de institutos e sistemas, com o Direito atual – especificamente, com o sistema processual penal.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

"Ao princípio era a Ação!"[6] Frase declamada por Fausto, personagem da obra de Johann Wolfgang Goethe, utilizada por Sigmund Freud para descrever

Jurídica y Filosifía Social. n. 28. p. 84. Rosário, Argentina, 2004/2005. Disponível em: [www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent288.pdf]. Acesso em: 02.03.2014.

3. STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofia del derecho*. Trad. W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1930. p. 440.
4. COSTA, Moacyr Lôbo da. Prefácio. In: TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1976. p. 2.
5. DESCARTES, René. *Discurso do método*. 2. ed. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 14. Publicado com a obra Meditações.
6. GOETHE, Johann Wolfgang. *Fausto*. Trad. e prefácio de Silvio Meira. Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1968. p. 66.

o homem primitivo, que, por não possuir bem desenvolvida sua capacidade de pensar sobre seus atos, apenas agia irrefletidamente.[7] Esse homem primitivo pode ser inserido nas mesmas bases ideológicas do teorizado estado de natureza dos primórdios da humanidade, no qual o homem apenas agia, sem submissão a qualquer regramento. Diz-se teorizado, pois aparece como "(...) *hipótese lógica negativa*, ou seja, sem ocorrência real".[8] (destaque do original). Esse estado de natureza, pautado na liberdade absoluta de ação, foi utilizado, v.g., por Thomas Hobbes[9], John Locke[10] e Jean-Jacques Rousseau[11] para fundamentar a teoria do contrato social, quando se começam a desenvolver regras de convívio entre os homens e a instituição do Estado passa, paulatinamente, a se desenvolver. Entendeu, por exemplo, Jean-Jacques Rousseau que "(...) os homens tenham chegado àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepujam, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. Então, esse estado primitivo já não pode subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse seu modo de ser."[12]

De encontro com esse entendimento, Cesare Beccaria disse que os homens, "Cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar uma liberdade que se tornou de pouco valor, a causa das incertezas quanto à sua duração, eles sacrificam uma parte dela para viver o restante em paz e segurança."[13]

Sem se perquirir sobre a veracidade da teoria do estado de natureza, tem-se que o homem, em determinado momento, passou a viver em grupo, de forma organizada. Nos primeiros períodos da humanidade, seguindo o teorizado

---

7. SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 42.
8. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 30.
9. HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 3. ed. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 103-105.
10. LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. 3. ed. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 69.
11. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Antonio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
12. Idem. p. 19.
13. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012. p. 12.

modelo do estado de natureza, desconhecia-se um sistema desenvolvido de resolução de conflitos. Para tanto, imperava, conforme um setor doutrinário, a prevalência da vontade do mais forte.[14] Defende-se a inexistência de métodos sistematizados de resolução de conflitos inclusive nos primeiros grupos de pessoas formados.[15]

Desde as iniciais manifestações dos vínculos de convivência entre pessoas, o homem vem presenciando constantes evoluções na forma de organização social e, considerando que os conflitos internos e entre grupos diferentes acompanharam esse processo evolutivo, as maneiras de reação a esses conflitos também se modificaram ao longo da história, resultando no atual processo judicial como uma das formas de resolução de conflitos.

Considerando-se isso, tem-se que o processo penal apresenta uma evolução temporal na história da humanidade, caminhando lentamente em direção a certa autonomia. Nesse caminhar, podem-se encontrar as primeiras formas de normatização da punição propriamente penal no momento a partir do qual se concebeu que a transgressão atinge um interesse coletivo e não meramente individual – concepção de pena pública. Até então, as transgressões ficavam sujeitas à tutela privada, por exemplo, com a autotutela por parte do ofendido.[16]

Dito isso e se considerando a importância do estudo do passado para a compreensão do presente, serão abordadas as formas processuais da antiguidade que maior pertinência possuem à compreensão evolutiva dos sistemas processuais penais em voga ainda hoje (acusatório e inquisitivo), quais sejam: os processos grego, romano e canônico do período inquisitivo, não somente no tocante à postura do juiz no processo (especialmente no tocante à atividade probatória), mas, também, em relação às características relevantes para a compreensão dos sistemas processuais penais existentes.

2.1 O processo grego

Quando se fala em processo penal grego, a doutrina costuma tomar como modelo, especificamente, o processo penal ateniense. Isso é devido ao fato de

14. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. Op. cit., p. 30.

15. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 69.

16. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho procesal penal*. Atualizado por Jorge E. Vázquez Rossi. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998. t. 1, p. 41.

que havia na Grécia antiga uma pluralidade de sistemas jurídicos variáveis de cidade para cidade.[17] Ou seja, inexistia um sistema jurídico único e geral.

Atenas é conhecida por ter adotado uma forma de democracia direta, na qual todas as pessoas consideradas cidadãs e dotadas de plenos direitos tomavam parte nas decisões coletivas de forma direta.[18] Todavia, conforme salientado, apenas aqueles dotados de plenos direitos participavam das atividades decisórias, sendo excluídos desse grupo os estrangeiros, os filhos de estrangeiros e as mulheres. Ao final, estima-se que apenas um décimo da população grega possuía plenos direitos de cidadania.[19]

Na cidade ateniense, fazia-se a distinção entre duas espécies de crimes: privados e públicos.[20] Os primeiros atingiam interesses individuais, sem maiores prejuízos ao Estado, representando faculdade do ofendido proceder à acusação. Era conferida, também, a titularidade do direito de acusação, nos crimes privados, aos pais do ofendido, ao seu tutor e ao seu senhor. Nos crimes públicos, ao contrário, devido à gravidade do delito, a ofensa atingia de forma significativa um interesse geral, de modo que a acusação não poderia depender da ação exclusiva do ofendido ou dos demais titulares antes mencionados (pai, tutor e senhor). Por isso, conferia-se o poder de acusar a qualquer cidadão e, tratando-se de crime contra a pátria, além do poder acusatório de qualquer cidadão, era atribuído aos Tesmotetas (espécie de magistrado) a incumbência de vigilância no processo e de oferecer denúncia.[21]

Em relação aos crimes públicos, portanto, vigorava a regra da acusação popular, faculdade conferida a qualquer cidadão.[22] Em sentido contrário, todavia, Juan Jose Gonzalez Bustamante refere não ser permitida, no direito grego, a interferência de terceiros no juízo criminal. Desse modo, ficava a cargo do ofendido o exercício da acusação e ao acusado competia realizar a própria defesa.[23]

17. SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. cap. 3, p. 60.
18. GILISSEN, John. *Introdução à história do direito*. 4. ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 74.
19. SCHILLING, Voltaire. *As grandes correntes do pensamento: da Grécia antiga ao neoliberalismo*. Porto Alegre: AGE, 1999. p. 17.
20. PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 73.
21. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brazileiro*. 2. ed. São Paulo: Aillaud, Alves & Cia, 1911. vol. 1, p. 18.
22. PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 73.
23. BUSTAMANTE, Juan Jose Gonzalez. *Principios de derecho procesal penal mexicano*. México: Editorial Porrua, 1971. p. 10.

A acusação criminal, depois de apresentada, era submetida a um juízo de prelibação. Neste momento, eram analisados os requisitos básicos para sua aceitação, como provas, testemunhas e caução prestada pelo acusador, destinada a assegurar que não viesse a desistir da acusação[24] ou "(...) para assegurar uma eventual indenização ao acusado, para garantia, acaso, posteriormente, restasse demonstrado que a queixa retratava uma acusação falsa".[25]

Oferecida a denúncia e reconhecida esta, eram designados os acusadores e o caso remetido ao tribunal competente.[26] Após a cientificação do acusado para comparecer no dia marcado para julgamento no tribunal competente, ficava a cargo dele (do acusado) a produção de provas de sua inocência, assim como incumbia ao cidadão acusador colher provas da responsabilidade do acusado. Apesar disso, ambas as partes poderiam receber auxílio de outros cidadãos.[27]

No processo, antes de qualquer manifestação das partes, um escrivão denominado Episteta fazia a leitura da acusação e das peças relativas ao processo, sendo o julgamento presidido pelo Tesmoteta. Após, fazia uso da palavra a acusação, inquirindo suas testemunhas durante o transcorrer de sua manifestação e, posteriormente, ouvia-se a defesa. Tanto poderia ser realizada a defesa pelo acusado como por defensores e, em caso de não comparecimento do acusado, era ele julgado somente pela exposição da acusação.[28] A atuação de um terceiro na defesa do réu ocorria quando o cidadão, por não confiar na sua própria capacidade para tal função, requisitasse esse auxílio profissional.[29]

Finda a instrução, os juízes eram convocados à votação secreta, fundamentada na ampla liberdade concedida a esses juízes para julgarem como bem entendessem – nesse sentido, a lei desempenhava a função de princípio regulador. A votação era realizada por meio do depósito, em uma urna, do voto de cada juiz, que decidia entre a condenação ou a absolvição.[30]

A votação se dava em duas ocasiões: primeiro, sobre a condenação ou absolvição; segundo, sobre a quantidade de pena, se condenado fosse o réu. De-

24. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. Op. cit., p. 18.

25. AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 11.

26. GIORDANI, Mario Curtis. *História da Grécia*. Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes, 1967. p. 203-204.

27. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. Op. cit., p. 19.

28. Idem, p. 19.

29. GIORDANI, Mario Curtis. *História*... cit., p. 204.

30. Idem. p. 204-205.

cidindo-se pela condenação, o acusado era imediatamente levado à execução da pena imposta. Em caso de absolvição, os juízes deliberavam a respeito da pertinência da acusação; isto é, julgava-se a conduta do acusador. Em obtendo o acusador o mínimo de um quinto dos votos em sentido favorável à sua tese, a acusação era considerada fundada (mesmo com a absolvição do acusado). Não conseguindo atingir essa fração dos votos, a acusação era considerada temerária, o acusador submetido a uma pena pecuniária de mil dracmas e tinha suprimido seu direito de acusar.[31]

Nesse processo, os juízes adotavam, apenas, a função de árbitros no julgamento, permanecendo passíveis enquanto às partes incumbia demonstrar a veracidade de suas alegações, inclusive com os depoimentos de suas testemunhas.[32] Imperava, pois, o silêncio dos juízes no transcorrer do processo.[33]

No entendimento de Kai Ambos, em obra conjunta com Marcellus Polastri Lima, considera-se esse processo ateniense um verdadeiro processo acusatório privado, pois qualquer cidadão ateniense possuía o poder de formular a acusação perante a autoridade competente, sendo esse processo regido pelo princípio dispositivo, levando-se em conta que "(...) os juízes estavam vinculados às petições formuladas pelas partes, através das peças escritas da acusação e defesa".[34]

2.2 O processo romano

Devido ao longo caminho percorrido pelo direito romano em sua evolução e, consequentemente, à extensão da matéria respectiva a ser estudada, é aconselhável dividi-lo em períodos. A doutrina, todavia, não aborda de maneira unívoca as mesmas fases do processo evolutivo romano. Kai Ambos e Marcellus Polastri Lima, em rápida abordagem, fazem referências às fases da República e do Império.[35] No Digesto Italiano, encontra-se a distinção entre

31. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. Op. cit., p. 20. Sobre o processo ateniense, veja-se o julgamento do filósofo Sócrates, cuja acusação foi exercida por três cidadãos atenienses e a defesa ficou a cargo do próprio acusado (PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Trad. Sueli Maria de Regino. São Paulo: Martin Claret, 2009).

32. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969. vol. 1, p. 50.

33. GIORDANI, Mario Curtis. *História*... cit., p. 204.

34. AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit., p. 11.

35. Idem, ibidem.

três períodos.[36] Para o presente trabalho, serão abordadas as fases apontadas por Rogério Lauria Tucci,[37] que concebe quatro períodos da história do direito romano (Período Régio, República, Principado e Monarquia Absoluta), por oferecer maior clareza ao estudo do tema.

2.2.1 Primeiro Período: o Período Régio

Nesta fase, que compreendeu os anos de 754 a.C. a 510 a.C., fazia-se a diferenciação entre os atos punidos pelo *jus civile* (os delitos) e os punidos pelo *jus publicum* (os crimes). Isso em razão do fato de que nem todas as infrações passíveis de serem classificadas como penais, assim o foram. Dessa forma ocorreu, por exemplo, com o furto, o roubo e a injúria, denominados *delicta* e submetidos a um *iudicium privatorum* (juízo civil). As infrações objeto do juízo penal receberam o nome de *crimina*.[38] Com isso, as condutas tratadas como *delicta* ficavam sujeitas a um processo de persecução privada, com a mesma natureza de um processo por questão contratual, no qual normalmente inexistia intervenção do Estado.[39] Nesse período inicial, poucos eram os casos de intervenção do Estado, que se limitavam àqueles de gravidade considerável.[40]

O Estado Romano, portanto, poderia atuar de duas formas no processo: como árbitro (em se tratando do juízo privado) ou como sujeito do direito punitivo (no juízo público, tocante ao interesse social), permitindo-se a bipartição do processo penal em privado e público.[41]

O rei, também nominado de magistrado supremo ou *rex*, nesse período, era dotado do poder conhecido por *imperium*, descrito no Digesto Italiano como o poder soberano atribuído ao (e próprio do) magistrado supremo do povo

36. BRASIELLO, Ugo. Processo penale (diritto romano). In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (orgs.). *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957. vol. 13, p. 1157.

37. TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1976. p. 35-36.

38. Idem, p. 16.

39. BRASIELLO, Ugo. Diritto penale (diritto romano). In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (orgs.). *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957. vol. 5, p. 961.

40. FRANCISCI, Pietro de. *Síntesis histórica del derecho romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954. p. 176.

41. MANZINI, Vincenzo. *Manuale di procedura penale italiana*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1912. p. 03.

romano.[42] Esse poder superior não pode ser conceituado de maneira estanque, pois, no decorrer da história do direito romano, foi utilizado para designar diferentes formas de poder, com distintas abrangências e titulares diversos. Nesse período régio, o *imperium* era atribuído ao *rex* e significava, também, os poderes militares e religiosos.[43] Assim, ao *rex* correspondia o exercício das funções política, militar e de representação do povo diante dos deuses.[44]

Em um primeiro momento, a repressão dos delitos ficava a cargo do próprio ofendido, de sua família ou de seu grupo, baseando-se essa atividade repressora nos costumes da época ou na Lei de Talião – olho por olho, dente por dente. Apenas os crimes que atentavam contra a relação pacífica entre a comunidade e os seus deuses exigiam, por sua gravidade, a interferência do rei, a quem incumbia a aplicação das penas. Com isso, demonstra-se o caráter marcantemente religioso do direito romano desse primeiro período, que, mesmo assim, não perde seu caráter normativo, conforme referido por Bernardo Santalucia: "El contenido esencialmente religioso de la mayor parte de las disposiciones que conocemos no debe llevarnos a poner en duda su valor normativo, pues trata de preceptos procedentes de un soberano que acumula en su persona las funciones de sumo sacerdote y de jefe político."[45]

Dentre aquelas que acarretavam a interferência do rei, as infrações mais leves eram punidas com a simples condenação a uma oferenda à divindade ofendida pela ação criminosa. Essa oferenda era o que se chamava de *piaculum* e tinham por objetivo aplacar a fúria dos deuses. Os crimes mais graves, que não admitiam o *piaculum*, eram punidos com o *supplicium*, penas mais severas que poderiam se manifestar, inclusive, pela execução do criminoso como forma de sacrifício expiatório.[46]

A pena resultante dessas infrações tinha, portanto, um caráter religioso,[47] uma vez que seu fim era a purificação da sociedade perante o deus desrespei-

42. BOVE, Lucio. Imperium. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (orgs.). *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957. vol. 8, p. 209.

43. Idem, p. 209-210.

44. KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. 9. ed. Trad. Juan Miquel. Barcelona: Ediciones Ariel, 1994. p. 21.

45. SANTALUCIA, Bernardo. *Derecho penal romano*. Trad. Javier Paricio e Carmen Velasco. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 27-28.

46. Idem. p. 28-29.

47. Especialmente em relação ao vocábulo *supplicium*, que se refere ao ritual de sacrifícios de caráter religioso (FRANCISCI, Pietro de. Op. cit., p. 179).

tado. Outras infrações, entretanto, eram "(...) objeto de persecución pública no con fines purificadores, sino conforme al principio de que a la ofensa se responde con la ofensa."[48]

Originariamente, era conferido ao magistrado o que se chamava de *coercitio*, termo que designava o poder de determinar, conforme seu próprio arbítrio, quais fatos seriam punidos e de que forma ocorreria a punição, no exercício de seu *imperium* ilimitado.[49]

Em relação a esse período, é referida a existência de uma assembleia popular, chamada de *comitium*, criada por volta do final do século VII a.C., que, em um primeiro momento, limitava-se a testemunhar a atuação do soberano sem ter direito a voto. Com o passar do tempo, essa assembleia passou a tomar partido na punição dos crimes, formando-se, gradativamente, uma esfera de repressão penal de competência exclusiva dessa assembleia popular.[50]

Portanto, o rei/magistrado nem sempre atuava sozinho nos julgamentos. As assembleias apontadas como auxiliares do rei nos julgamentos são os *quaestores parricidii* e os *duumviri perduellionis*.[51] Aos primeiros conferia-se competência para investigar os crimes de *parricidium*[52] (homicídio). Os segundos eram tribunais incumbidos da repressão aos *perduelliones* (crimes de lesa-pátria e lesa-majestade).[53]

Esse período da história romana é caracterizado pela ausência de uma atuação tipicamente jurisdicional; o que havia era a expressão de uma faculdade de repressão, contida no supremo poder do magistrado (*imperium*). Ou seja, a atividade de repressão e punição das infrações não se caracterizava pelo exercício da *iudicatio*, mas da *coercitio*.[54]

A *coercitio*, diferentemente do *imperium*, consubstanciava-se no "(...) potere di punire che, sin dall'età più vetusta, spettava, nell'ambito della familia al

48. SANTALUCIA, Bernardo. *Derecho penal romano* cit., p. 33.

49. BRASIELLO, Ugo. Diritto penale... cit., p. 961.

50. SANTALUCIA, Bernardo. Processo penale (diritto romano). In: SANTORO-PASSARELLI, Francesco (dir.). *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1987. vol. 36, p. 322.

51. SANTALUCIA, Bernardo. *Derecho penal romano* cit., p. 34.

52. Conforme Vicente Olivares Biec, "(...) palabra que viene de *paris-cidium*, asesinato de un igual, no de *patris-cidium*, asesinato del padre" (OLIVARES BIEC, Vicente. *Historia del derecho romano*. Madri: Establecimiento Tipográfico de Eduardo Cuesta, 1877. p. 24) Em sentido inverso, parte da doutrina refere o termo como assassinato do *pater*. Nesse sentido: FRANCISCI, Pietro de. Op. cit., p. 178.

53. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. Op. cit., p. 25.

54. SANTALUCIA, Bernardo. *Derecho penal romano* cit., p. 34.

pater e al domus, rispettivamente sui filii in potestate e sugli schiavi, ed entro la cerchia della civitas al magistrato; i cui termini variano peró a seconda delle tappe dell'evoluzione storica."[55] Essa segunda espécie de *coercitio*, outorgada a um magistrado, ao contrário da *coercitio* familiar, pode ser identificada como um próprio poder de polícia[56] e, de certa forma, uma decorrência e parcela do *imperium*, considerado mais amplo.

2.2.2 Segundo Período: a República

Situada entre os anos 510 a.C. até 27 a.C., a fase da República propiciou a distinção entre religião e direito. Até então, era o soberano quem detinha as funções religiosas e político-militares. Com a transição de período, as funções religiosas passaram ao *rex sacrorum* e, posteriormente, ao *pontifex maximus* e as funções político-militares, incluindo a *coercitio* (arbítrio para punir e manifestação do *imperium*), foram atribuídas a um magistrado supremo.[57] Nessa fase inicial da república, os magistrados supremos atuavam sem a limitação em quaisquer formalidades. Desse modo, inexistiam, no processo penal, partes, atuando apenas o magistrado e o acusado.[58]

É justamente o poder ilimitado de *imperium* dos magistrados, manifestado na *coercitio*, que veio a acarretar a criação do que se chamou de *provocatio ad populum*. Tratava-se de uma alternativa conferida ao acusado de levar seu caso à análise do povo, reunido em assembleia nominada de *comitia*, para evitar os abusos do magistrado no exercício do *imperium*, quando aplicadas ao caso as penas de morte ou flagelação.[59] No Digesto Italiano, encontramos referência, também como casos passíveis ao exercício da *provocatio*, os de condenação ao pagamento de multa superior a um valor pré-estabelecido.[60] Havia, com o exercício da *provocatio*, a instauração de um processo perante a *comitia*, destinado a revisar a decisão do magistrado.

Nesse período, o *imperium* conferido ao magistrado supremo, antes ilimitado, passa a ser gradualmente balizado, muito em razão da criação da *provocatio*

55. DOMINICIS, Antonio de. Coercitio. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (orgs.). *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957. vol. 3, p. 417.

56. Idem, p. 417-418.

57. SANTALUCIA, Bernardo. *Derecho penal romano* cit., p. 41.

58. DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 81.

59. SANTALUCIA, Bernardo. *Derecho penal romano* cit., p. 41.

60. BRASIELLO, Ugo. Diritto penale... cit., p. 962.

e do surgimento de magistrados inferiores, para os quais foi delegada parcela do poder de julgar.[61]

Conquanto parte da doutrina refira a criação da *provocatio* apenas após o advento da Lei das XII Tábuas, Bernardo Santalucia aponta sua criação (pelos documentos a que se tem notícia) pela *Lex Valeria*, de 509 a.C., sendo o instituto repetido e desenvolvido pela *Lex Valeria Horatia*, de 449 a.C., e pela *Lex Valeria* de 300 a.C.[62] Em igual sentido, conquanto citando datas diferentes para cada uma das três leis (500, 445 e 300 a.C.), é o magistério de Wolfgang Kunkel.[63] Da mesma forma, Vincenzo Manzini aduz: "(...) si puó dire che il diritto penale pubblico romano incominci con la legge Valeria, la quale subordinerò l'esecuzione della condena a morte, pronunciata dal magistrato contro il cittadino romano, alla conferma da parte del popolo." [64]

Esse procedimento (manifestação de um magistrado e direito de provocação ao julgamento do povo) é designado de processo comicial e, com ele, considera-se que se forma o primeiro núcleo do direito penal romano.[65]

O processo comicial era instaurado pelo próprio magistrado, que determinava o comparecimento do acusado nos dias estabelecidos para desenvolvimento do processo. Ao final do procedimento, convencendo-se pela culpabilidade do réu, o magistrado pronunciava a sentença. A partir de então, ao acusado era conferido o direito de exercício da *provocatio ad populum*, que acarretava em uma decisão popular final.[66]

Paulatinamente, aumentaram-se os casos de repressão pública, que passaram a tomar o espaço antes ocupado pela ultrapassada vingança privada. Nas palavras de Vicente Arangio-Ruiz, "(...) las penas corporales o aflictivas privadas, que se referían a concepciones primitivas, como el talión o la *addictio* del ladrón cogido en flagrante, fueron substituídas por penas pecuniarias que podían, eventualmente, concurrir con otras de carácter público."[67] (destaque do original). Parte desse processo evolutivo deveu-se à Lei das XII Tábuas, que

61. BOVE, Lucio. Op. cit., p. 210.

62. SANTALUCIA, Bernardo. *Derecho penal romano* cit., p. 42.

63. KUNKEL, Wolfgang. Op. cit., p. 24.

64. MANZINI, Vincenzo. Op. cit., p. 54.

65. BRASIELLO, Ugo. Diritto penale... cit., p. 962.

66. GIORDANI, Mário Curtis. *Direito penal romano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 99-100.

67. ARANGIO-RUIZ, Vicente. *Historia del derecho romano*. Trad. Francisco de Pelsmaeker e Ivañes. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1943. p. 207.

criou novas figuras criminais atentatórias contra o interesse geral. Além disso, foram contemplados outros delitos aos quais incumbia à iniciativa privada a sua punição.[68]

Com a Lei das XII Tábuas, os crimes aos quais era cominada a pena de morte ao cidadão passaram a ser julgados pelos *comitia centuriata*.[69] Nesse tipo de processo, o magistrado tomava uma posição ativa e a decisão ficava a cargo do povo; dessa maneira, "(...) il magistrato operava dal principio alla fine in veste di accusatore, limitandosi a condurre l'istruttoria e a proporre la pena ai comizi. L'unico e vero giudizio era quello del popolo."[70]

No final da fase republicana, o direito romano passa a adquirir estabilidade e independência. Em decorrência de todo o desenvolvimento do Direito até então, torna-se necessária a tipificação de novas infrações (como a de concussão do magistrado provincial – *crimen repetundarum* ou *pecuniae repetundae*) e o aperfeiçoamento das formas de investigação. Em razão do cargo do ofensor no crime de concussão, o julgamento não podia mais depender da jurisdição privada do pretor ou submeter-se à *coercitio* dos magistrados, motivo pelo qual se criou a *quaestio*, uma comissão que, por um procedimento de *iudicium publicum*, semelhante ao das causas privadas, conhecia e julgava os casos de concussão.[71] Carlo Gioffredi refere que, em decorrência do dano patrimonial sofrido pela vítima, o processo se situaria na esfera do direito privado; contudo, em razão da especial função do ofensor (magistrado) e, também, da situação da vítima (habitante das províncias), transferiu-se a competência para o julgamento à *questio*.[72]

Nesse período, conferiu-se considerável reconhecimento às liberdades individuais, resguardadas pelo procedimento da *questio* (também denominado *acusatio*), que perdurou para além do momento de instituição do império.[73] Resumidamente, a *questio* era uma comissão de investigação, composta por cinquenta cidadãos, presidida por um *praetor*, então chamado de *quaesitor*, sendo os demais membros nominados de *iudices iurati* (jurados).[74]

---

68. SANTALUCIA, Bernardo. *Derecho penal romano* cit., p. 55-57.
69. SANTALUCIA, Bernardo. Processo penale... cit., p. 331.
70. Idem, p. 331-332.
71. TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 69-71.
72. GIOFFREDI, Carlo. *I principi del diritto penale romano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1970. p. 17.
73. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Op. cit., p. 42.
74. TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 71.

Com o passar do tempo, o sistema das comissões investigadoras (*quaestiones*), até então aplicado ao *crimen repetundarum*, foi estendido para uma larga classe de delitos, instituindo-se um colegiado para cada espécie delitiva.[75] Desse modo, o sistema da *quaestio* passou a ser aplicado, também, aos crimes comuns, quando cada tipo de crime teve um tribunal específico para seu processamento e julgamento, cada qual presidido por um pretor.[76] Nesse caminhar e seguindo sua evolução, a *quaestio*, que era criação temporária para cada delito em concreto, tornou-se permanente, razão pela qual se passou a designá-la por *quaestiones perpetuae*.[77] Na lição de João Mendes de Almeida Júnior, foram elas "(...) creadas (*sic*) a principio temporariamente, á (*sic*) medida que os crimes eram commettidos (*sic*), e mais tarde creadas (*sic*) com um caracter (*sic*) permanente, para distribuírem entre si os processos e julgamentos dos crimes públicos."[78]

Fazendo uma síntese do surgimento do *iudicium publicum* da *quaestio*, Rogério Lauria Tucci leciona que "(...) originou-se ele da exigência de uma repressão mais severa de fatos anteriormente considerados como simples delicta, os quais (...) passaram a constituir objeto de nova modalidade de incriminação, estabelecida por *leges* definidoras de *crimina* e instituidoras das *quaestiones publicae* que, com o tempo, se tornaram *quaestiones perpetuae*, e cujo número, sempre crescente, importou assumisse o respectivo procedimento *caráter ordinário*."[79] (destaque do original).

No Digesto Italiano, esse processo da *questiones perpetuae* é classificado como tipicamente acusatório, porquanto é iniciado e desenvolvido sempre com uma acusação pública, que se coloca em posição oposta ao réu. O acusador poderia ser algum cidadão do povo ou, dependendo do caráter especial do crime, essa titularidade era conferida somente ao ofendido ou a algum familiar seu. Ao lado do acusador poderia figurar o *subscriptor*, espécie de assistente de acusação.[80]

---

75. FRANCISCI, Pietro de. Op. cit., p. 584.
76. Movimento que culminou, a título ilustrativo, na criação de tribunais para julgamento dos crimes de corrupção eleitoral (*quaestio ambitus*), defraudação da propriedade estatal (*quaestio peculatus*), falsificação de testamento ou moeda (*quaestio de falsis*) e injúria grave (*quaestio de iniuriis*). (KUNKEL, Wolfgang. Op. cit., p. 74)
77. TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 73.
78. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. Op. cit., p. 25-26.
79. TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 149-150.
80. BRASIELLO, Ugo. Processo penale... cit., p. 1159.

Aqui reside, segundo Gian Domenico Pisapia, a principal característica do chamado sistema processual acusatório: a função de acusar era conferida a um particular, responsável pela colheita da prova no processo.[81]

Vincenzo Manzini, ao comparar esse novo processo, que chama de *accusatio*, com o antigo, refere que, apesar de haver, em ambos, a atuação estatal na valoração do fato e na prolação da sentença, na *accusatio* "(...) viene limitato il potere dell'organo statuale sì da lasciargli la sola pronuncia della sentenza, non anche l'esecuzione delle pratiche occorrenti per determinare la persecuzione del reato; pratiche que sono affidate ad un rappresentante volontario della colletività non magistrato (accusatore)."[82]

O processo perante a *quaestio* tinha início com a *postulatio* ou *petitio*, uma solicitação de permissão para acusar dirigida ao magistrado (*quaestor*). Após, deveria ser especificado quem era o acusado e qual o crime cometido (*delatio nominis*).[83] Sendo considerado o postulante à acusação uma pessoa indigna, o *quaestor* possuía a faculdade de recusar o pedido.[84]

Cabia ao *quaestor* verificar os requisitos básicos da acusação, como a sua competência para julgamento e se o fato realmente constituía crime. Além disso, presidia os debates no processo, apurava os votos dos jurados e pronunciava a sentença.[85]

Aceita a acusação, além de o particular responsável pela denúncia adquirir todos os direitos e deveres de uma parte processual,[86] o nome do acusado era inscrito em uma tábua, com a finalidade de dar publicidade à acusação, o que se consubstanciava na *inscriptio inter reos*.[87]

Se o acusado, após citado e comparecendo perante a autoridade competente, confessasse o crime, passava a ser considerado réu convicto e todo o procedimento tinha fim com a aplicação da reprimenda. Do contrário, ele e o acusador eram convocados a comparecerem em data posterior para instrução e julgamento do caso. Em regra, entre a data do primeiro comparecimento até aquela marcada para julgamento, permanecia o réu em liberdade (exceto em

81. PISAPIA, Gian Domenico. *Il segreto istruttorio nel processo penale*. Milão: Giuffrè, 1960. p. 62.

82. MANZINI, Vincenzo. Op. cit., p. 05.

83. BRASIELLO, Ugo. Processo penale... cit., p. 1159.

84. ARANGIO-RUIZ, Vicente. Op. cit., p. 212-213.

85. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. Op. cit., p. 26.

86. KUNKEL, Wolfgang. Op. cit., p. 75.

87. BRASIELLO, Ugo. Processo penale... cit., p. 1159.

casos graves e, ainda assim, com ressalvas). Esse interregno destinava-se, principalmente, à colheita de provas pelas partes.[88]

Os debates tinham início com o discurso da acusação e oitiva de suas testemunhas, seguido da exposição da defesa e de suas testemunhas. Nesse procedimento, não era admitido o depoimento do acusado,[89] além de, ao pretor, não ser permitido inquirir as testemunhas.[90]

O processo não poderia ocorrer em caso de ausência do magistrado presidente ou da acusação; contudo, permitia-se o julgamento à revelia do réu, porquanto sua defesa interessava apenas a si próprio e não era considerada condição de validade processual.[91]

Por volta de 100 a.C., com a *Lex Servilia*, instituiu-se para o processo penal a *comperendinatio*, já aplicada ao direito privado naquela época. Tratava-se de possibilidade de adiamento dos debates para nova produção probatória pelas partes.[92] Em algumas leis da época, esse instituto concedia aos juízes o poder de, antes de pronunciar o *sibi non liquere*, declarar que não formaram um juízo claro sobre o caso, renovando-se o procedimento por um breve prazo.[93] Não ocorrendo isso, os jurados deveriam sinalizar, individualmente, com um "A" (absolvo) ou um "C" (condeno). Em caso de condenação, a pena era estabelecida em lei, apenas ficando a cargo dos jurados a determinação da responsabilidade do acusado.[94] Havendo o empate na votação, dever-se-ia proclamar a absolvição do acusado.[95]

A decisão da *questio* a respeito da responsabilidade do acusado (a pena, por ser prefixada em lei, não era objeto da decisão) era definitiva e irrecorrível.[96]

2.2.3 Terceiro Período: o Principado

Quando a república deu lugar ao império, iniciando-se o período do principado (27 a.C. à 284 d.C.), o sistema adotado até então (o das *questiones*)

88. TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 152-153.

89. BRASIELLO, Ugo. Processo penale... cit., p. 1159.

90. SAAD, Marta; MALAN, Diogo. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. *Revista dos Tribunais*. vol. 842. ano 94. p. 411-436. São Paulo: Ed. RT, dez. 2005, p. 417.

91. ARANGIO-RUIZ, Vicente. Op. cit., p. 214.

92. BRASIELLO, Ugo. Processo penale... cit., p. 1159.

93. FRANCISCI, Pietro de. Op. cit., p. 585.

94. BRASIELLO, Ugo. Processo penale... cit., p. 1159.

95. DELMANTO JUNIOR, Roberto. Op. cit., p. 84.

96. FRANCISCI, Pietro de. Op. cit., p. 585-586.

foi cada vez mais se tornando incompatível com a nova forma de governo. O próprio crescimento da comunidade romana, que se tornou uma grande cidade marcada por violentas tensões, tornou defasadas as leis penais vigentes até então. Em face disso, desenvolveu-se uma característica forma rígida de regulamentação penal.[97]

Segundo Luigi Ferrajoli,[98] assim como Gian Domenico Pisapia,[99] foi nesse período que se desenvolveu a primeira forma de processo inquisitório, especialmente pela negação de garantias individuais até então preservadas.[100] Verificou-se que "(...) le *quaestiones perpetuae* vennero così progressivamente cedendo il campo ad un nuovo procedimento, senza partecipazione di giurati, in cui l'intera questione era affidata all'imperatore o ad un suo delegato, che era investito in modo completo del giudizio, dalla sua introduzione alla sua decisione."[101] (destaque do original).

Essa transição do sistema das *quaestiones* para um sistema diverso, que ficou conhecido como *cognitio extra ordinem* (primeira expressão típica do designado sistema processual inquisitório), deveu-se em grande parte ao imperador Augusto, que instituiu uma detalhada regulamentação das questões atinentes ao processo e que vieram a dificultar a prática processual da forma concebida até então, como, por exemplo, com a limitação do direito de acusar e com a instituição de requisitos diversos para o exercício da magistratura.[102] Para o julgamento da matéria criminal, se instaurou um processo mais ágil e de formas elásticas, restabelecendo-se o domínio da *coercitio*.[103]

---

97. Salienta-se, ilustrativamente, a aplicação, nesse período, da pena de morte para o simples fato de se portar arma com intenção de delinquir, ou de se possuir venenos letais (KUNKEL, Wolfgang. Op. Cit., p. 72). Trata-se de uma manifestação do Direito Penal semelhante ao que hoje acontece com o denominado por Massimo Donini de "Direito Penal moderno", no qual se faz presente um ideal de prevenção, punindo-se condutas não por serem intoleráveis em si mesmas, mas pelas consequências danosas que poderiam produzir em um momento futuro (DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Perú: ARA Editores, 2010. p. 33).
98. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 520.
99. PISAPIA, Gian Domenico. Op. cit., p. 68.
100. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Op. cit., p. 42.
101. SANTALUCIA, Bernardo. Processo penale... cit., p. 349-350.
102. Idem, p. 348.
103. FRANCISCI, Pietro de. Op. cit., p. 596.

Progressivamente, as *quaestiones perpetuae* foram perdendo seu espaço na prática jurídica e a *cognitio extra ordinem* tornou-se o processo ordinário.[104] Esse novo procedimento conferiu um amplo poder jurisdicional ao imperador e possibilitou uma maior liberdade no exercício da jurisdição, inclusive certo desapego quanto às formalidades processuais.[105]

No principado, o *imperium* refletia um poder próprio do imperador, que passou a gozar de uma competência ilimitada de direção e resolução de questões atinentes ao interesse público, alçado a uma posição de superioridade em relação a todos os demais magistrados.[106]

Os cidadãos romanos se viram privados do antigo direito à *provocatio ad populum* e, em contrapartida, lhes foi conferido o direito de apelar ao imperador. Todavia, essa nova forma de impugnar a decisão de primeira instância possibilitava uma série de abusos, seja pelo fato de o julgamento ficar a cargo de uma única autoridade, ou pelo amplo poder conferido à autoridade prolatora da decisão de primeira instância, que tinha a faculdade de rejeitar o apelo nos casos em que, por exemplo, tivesse por escopo procrastinar a execução da pena, que fosse interposto contra decisão baseada em confissão do réu ou em se tratando de caso que exigia a execução imediata da pena por questão de segurança pública.[107]

A doutrina aponta como caráter marcante do procedimento da *cognitio extra ordinem* o seu viés inquisitório, considerando que não havia necessidade de uma acusação formal e que o processo era promovido de ofício pela autoridade julgadora.[108]

O exercício da acusação foi sendo limitado e onerado, inclusive cominando-se penas ao acusador que abandonasse o processo antes do final. Foram estabelecidas causas de acusação obrigatória, revogando-se o princípio da livre iniciativa do cidadão, vigente na *iudicia publica*. A pena, que anteriormente era fixada em lei e somente conferida ao magistrado a função de decidir pela sua aplicação ou não aplicação, agora é aplicada pelo julgador sopesando-se as circunstâncias objetivas e subjetivas do crime (personalidade do réu, comportamento anterior e posterior ao fato etc.), dotando-o de ampla discri-

104. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. Op. cit., p. 36.

105. TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 84.

106. BOVE, Lucio. Op. cit., p. 211.

107. SANTALUCIA, Bernardo. Processo penale... cit., p. 353.

108. SANTALUCIA, Bernardo. *Derecho penal romano* cit., p. 113.

cionariedade, inclusive permitindo-o fixar pena diversa daquela legalmente determinada.[109]

Com esse novo procedimento, tornou-se cada vez mais raro a atuação de acusadores voluntários nos processos. Em razão dessas medidas e com o passar do tempo, introduziu-se a possibilidade de acusação *ex oficio* por determinadas autoridades públicas.[110]

Conquanto fundamentados em pressupostos diversos, os sistemas das *quaestiones* e da *cognitio* coexistiram por um período. Na síntese de Pietro de Francisci, contrapondo-se ambas as formas processuais, pode-se afirmas que as primeiras eram balizadas pelo sistema acusatório, imperando a acusação pública, por qualquer cidadão; diferentemente, na *cognitio* predominava o sistema inquisitivo, no qual se tinha como função do funcionário responsável pelo processo a de inquirir, por meio dos órgãos de polícia à sua disposição, sobre a culpa dos cidadãos. Ainda, nesse segundo sistema, o contraditório foi reduzido ao mínimo, ao contrário de um sistema processual propriamente republicano, que era caracterizado pela adoção de um contraditório extenso.[111]

Presenciou-se, portanto, uma inversão de valores no processo penal romano no período do principado: enquanto no início desse período o procedimento ordinário aplicado era o das *questiones* e o extraordinário o da *cognitio extra ordinem*, já no final do principado a situação se inverte, tornando-se o procedimento da *cognitio* o majoritariamente aplicado, em verdadeiro fortalecimento do sistema inquisitivo em prejuízo do acusatório.[112]

Conquanto o crescente sistema da *cognitio* ainda dividisse espaço com o das *quaestiones*, caminhava-se a uma unificação do sistema processual penal romano em que o primeiro sistema suplantaria o segundo.

2.2.4 Quarto Período: a Monarquia Absoluta

Nessa época, foi criada uma lei de Constantino relativa ao *crimen falsi*, dispondo que deveria se proceder ao julgamento por determinado fato mesmo que inexista um acusador. Ou seja, "(...) l'acusa, vale a dire, non è necessaria e il funzionario è sempre autorizzato a procedere d'ufficio."[113] Nesse sentido,

109. SANTALUCIA, Bernardo. Processo penale... cit., p. 356-357.

110. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. Op. cit., p. 33-34.

111. FRANCISCI, Pietro de. Op. cit., p. 598-599.

112. Idem. p. 801.

113. SANTALUCIA, Bernardo. Processo penale... cit., p. 359.

Vincenzo Manzini aduz que, apesar de ser exigida, no período imperial, a atuação de uma acusação voluntária no processo, na prática, a atividade do magistrado costumava invadir o campo reservado à competência da acusação.[114]

Com as medidas tomadas e a consequente sobreposição do sistema inquisitivo ao acusatório, houve uma progressiva desvalorização da defesa, porquanto não mais se presenciavam os debates amplos entre acusador e acusado. Seguindo-se esse processo de alteração de paradigmas, passou-se a restringir o princípio da publicidade dos atos processuais.[115] Conforme Vicente Arangio-Ruiz, o novo sistema propiciou "(...) la reducción a su mínima expresión del juicio contradictorio que había sido, a un tiempo, gloria y debilidad del procedimiento republicano."[116]

Rogério Lauria Tucci aponta como inovações dessa fase a restrição cada vez maior da publicidade dos atos processuais, utilização crescente da tortura, produção de provas com a definição antecipada de seu resultado (isto é, com um fim previamente pretendido),[117] necessidade de sentença escrita e fundamentada e retomada da influência da religião nas jurisdições criminais.[118]

Ainda sob a legislação de Constantino, o procedimento da *cognitio extra ordinem* passou a ser destinado, também, a alguns delitos aos quais antes era aplicado o procedimento privado, adotando-se, em determinados tipos criminais, um regime de penas corporais cruéis.[119]

No dizer de Kai Ambos, em entendimento contrário ao adotado pelos autores acima referidos, na fase imperial romana, que se estendeu até o período da Idade Média, conquanto aplicado um procedimento regido pelo princípio da oficialidade, não poderia ser ele designado como inquisitório em sentido estrito, porque não era dirigido à busca da verdade real.[120]

2.3 *O processo inquisitivo canônico*

O direito canônico não se manifestou em um único período da história. Ao contrário, se desenvolveu ao longo do tempo, motivo pelo qual não se

114. MANZINI, Vincenzo. Op. cit., p. 06.

115. SANTALUCIA, Bernardo. Processo penale... cit., p. 359.

116. ARANGIO-RUIZ, Vicente. Op. cit., p. 309.

117. Tal assertiva apresenta concordância com o que Franco Cordero denominou "quadro paranoico", que influi diretamente e de maneira decisiva na imparcialidade do julgador (CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 5. ed. Milão: Giuffrè, 2000. p. 21).

118. TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 188.

119. ARANGIO-RUIZ, Vicente. Op. cit., p. 309.

120. AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit., p. 13-14.

pode tratá-lo de forma unitária.[121] Nem mesmo o movimento inquisitorial[122] é tratado de maneira uniforme, podendo-se constatar uma divisão entre dois momentos históricos: um referente à "inquisição canônica medieval" e outro à chamada "inquisição moderna", motivo pelo qual Juan Eslava Galán refere que cada inquisição foi "filha" de sua época, sendo a inquisição medieval mais severa[123] do que a moderna.[124]

No que importa à proposta do presente trabalho, analisar-se-ão de forma geral as bases ideológicas do processo da Inquisição, com maior foco no período medieval, imprescindível para o desenvolvimento histórico dos sistemas processuais penais (especialmente o inquisitivo).

Caracteriza-se a época de desenvolvimento da inquisição como um período de grande complexidade. Desse modo, a inquisição deve ser vista não apenas com os olhos de hoje, mas com os olhos postos naquele contexto histórico.[125-126]

Até o século XII, o processo penal canônico, instituído para defender os interesses da Igreja Católica, preservava a forma acusatória no tocante ao início

---

121. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Ed., 1980. t. 1, p. 344.

122. ESLAVA GALÁN, Juan. *Historias de la inquisición*. 2. ed. Barcelona: Editorial Planeta, 1993. p. 12-13.

123. Importa salientar que expedientes como o duelo e os *Judicium Dei* ou Ordálios remontam ao próprio Código de Hamurabi e também ao antigo direito germânico. Portanto, a ideia de se utilizar elementos da natureza para a verificação da "veracidade" da prova vem de muito antes da inquisição. Nesse sentido é a afirmação de Luiz Fernando Medeiros Rodrigues, SJ, Doutor em História Eclesiástica, na apresentação da obra de WEBER, Cristiano. *O advogado diante da inquisitorialidade do inquérito policial*. São Leopoldo: Oikos, p. 2009, p. 12.

124. ESLAVA GALÁN, Juan. Op. cit., p. 15.

125. BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A inquisição*. Trad. Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2001. p. 15.

126. Conquanto neste tópico se exponham práticas incompatíveis com os valores atuais, diferentes dos valores vigorantes à época da Inquisição, salienta-se que não devem ser desconsideradas as inúmeras contribuições da Igreja Católica para o desenvolvimento da sociedade atual, seja pela preservação e desenvolvimento da escrita nos monastérios, pelo seu papel na criação das Universidades, pelo desenvolvimento de inúmeras ciências pelos jesuítas, pela arte fomentada, desenvolvida e protegida com a sua subvenção, pelo papel de inúmeros pensadores, como Bartolomé de Las Casas, na defesa da dignidade dos indígenas, pela criação dos hospitais e de instituições de caridade, o que não era usual em antigas civilizações. Nesse sentido, veja-se: WOODS JR., Thomas E. *Como a Igreja Católica construiu a civilização ocidental*. Trad. Élcio Carillo; revisão de Emérico da Gama. São Paulo: Quadrante, 2008.

do processo, que dependia do exercício da acusação. A acusação era apresentada de forma escrita perante os representantes da Igreja responsáveis pelo processo (bispos, arcebispos ou oficiais), devendo o acusador oferecer as provas com que pretendia demonstrar suas alegações.[127]

No final do século XII, contudo, a Igreja Católica vivenciou uma perda de poder e de aceitação de sua doutrina por algumas pessoas. Atribuiu-se esse enfraquecimento da Igreja ao crescimento de discursos heréticos.[128]

No início do século XIII, o papa Inocêncio III reúne a cúpula da Igreja na Basílica de São João de Latrão (Roma), no IV Concílio de Latrão. Nessa ocasião, o papa proíbe que membros do clero cooperem com julgamentos pelo fogo e pela água. Desse modo, o uso dos Ordálios escasseou na Idade Média e quase desapareceu no século XVI, sendo substituído pela confissão, mediante alguma forma de tortura.[129] Fixou-se, aí, o método da *Inquisitio*, nascendo, no seio da Igreja, o que mais tarde se chamaria de sistema processual inquisitório.[130] No terceiro cânone do Concílio, dentre outras matérias, estabelecia-se: "1) la herejía debe ser perseguida de común acuerdo por las autoridades eclesiásticas y seculares; 2) los procesos contra la herejía serán incoados de oficio por el obispo, sin esperar acusación (...)."[131] Inicia-se, então, o desenvolvimento do sistema inquisitivo do processo penal canônico, como forma de combate aos hereges.[132]

---

127. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 84.

128. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 46. n. 183. p. 103-115, p. 104. Brasília, jul.-set. 2009. Disponível em: [www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/194935]. Acesso em: 19.02.2014.

129. RODRIGUES, Luiz Fernando Medeiros. Apresentação. In: WEBER, Cristiano. *O advogado diante da inquisitorialidade do inquérito policial*. São Leopoldo: Oikos, p. 2009, p. 14.

130. Como salienta Luiz Fernando Rodrigues, do século XIII ao XVIII, a justiça comum desconheceu quase completamente todas as garantias individuais como as conhecemos hoje. Os atuais estudos acerca da inquisição indicam que o conúbio entre o direito romano, recuperado pelos professores da Universidade de Bolonha, no século XII, e o direito canônico, ajudou a dar início ao período mais duro e implacável de vingança pública, alicerçado num sistema inquisitivo. RODRIGUES, Luiz Fernando Medeiros, op. cit., p. 14

131. MARTÍNEZ DÍAZ, Gonzalo. La estructura del procedimiento inquisitorial. Naturaleza y fundamentos jurídicos. In: PEREZ VILLANUEVA, Joaquin; ESCANDELL BONET, Bartolome (Dir.). *Historia de la inquisición en España y América. Madrid: Centro de Estudios Inquisitoriales*, 1993. t. 2, Segunda parte, cap. 2, ponto 1, p. 280.

132. EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 12.

Com Inocêncio III, consagrou-se o princípio "*Tribus modis processi possit: per acusationem, per denuntiationem et per inquisitionem*".[133-134] Essas três formas de se proceder ao processo, aliás, foram documentadas no *Directorium Inquisitorum* (Manual dos Inquisidores), conforme se lê: "O processo pode começar pela acusação. (...) Pode começar pela denúncia. (...) Finalmente, pode começar pela investigação, que deve preceder informações precisas."[135] A primeira forma de processo (por acusação) não se generalizou,[136] difundindo-se o processo iniciado por denunciação anônima e por inquisição,[137] sendo suficiente, para o início do processo por inquisição, o fato de o inquisidor ouvir um rumor de que determinada pessoa agiu contra a fé.[138]

Apesar de, normalmente, o inquisidor agir com cautela diante de denúncias infundadas e de não proceder ao processo sem provas, permitia-se a ele atuar por instinto profissional, podendo atribuir um valor probatório considerável a meros rumores.[139]

Esse processo canônico marca a instituição de um novo paradigma metodológico em matéria processual na Europa, pautado na maior atribuição de poder punitivo e de liberdade investigatória ao julgador, modelo esse que passará, com o tempo, a se difundir pelo resto do mundo. Trata-se do que ficou conhecido como *inquisitio*,[140] que se fez possível e tão difundido pela permissão

133. Em tradução livre: "O processo pode se dar de três formas: por acusação, por denúncia e por inquisição".

134. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 84.

135. EYMERICH, Nicolau. Op. cit., p. 105.

136. Conforme Nicolau Eymerich, inquisidor-geral à época da produção de seu *Manual dos Inquisidores*, a acusação não era o melhor método para a prática da Inquisição, pois o acusador, cidadão do povo que noticiava sua suspeita perante o inquisidor, deveria declarar aceita a lei de talião. Ou seja, não restando comprovada a culpa do acusado, a pena que a esse seria aplicável em caso de culpa seria aplicada ao cidadão acusador. Com o tempo, a lei de talião, nesse caso, não mais foi utilizada, a fim de se estimular o exercício da acusação (EYMERICH, Nicolau. Op. cit., p. 106).

137. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 84.

138. AGUILERA BARCHET, Bruno. La estructura del procedimiento inquisitorial. El procedimiento de la Inquisición española. In: PEREZ VILLANUEVA, Joaquin; ESCANDELL BONET, Bartolome (dirs.). *Historia de la inquisición en España y América*. Madrid: Centro de Estudios Inquisitoriales, 1993. t. 2, Segunda parte, cap. 2, ponto 3, p. 358.

139. ESLAVA GALÁN, Juan. Op. cit., p. 55.

140. AMARAL, Augusto Jobim do. *Discurso penal e política da prova: nos limites da governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. 2011. 467f. Tese

e apoio oferecidos pelo Estado, em prol da manutenção da pureza da fé.[141] Assim, conquanto tenha raízes na antiga Roma, o sistema inquisitivo se fortalece nesse período histórico.[142]

Caracterizou-se esse processo por ser essencialmente secreto, possuindo o juiz ampla liberdade[143] para proceder de ofício.[144] Nesse processo, a utilização de métodos de tortura era difundida, embora também houvesse regras que buscavam estabelecer "critérios de proporcionalidade" para limitar a tortura.[145] A grande justificativa para a aplicação dos métodos de tortura se encontrava na importância atribuída à confissão do acusado, que aparece como a principal forma de prova (*Regina probatium*).[146]

O acusado, depois de instaurado o procedimento inquisitório, normalmente era detido[147] e segregado em um calabouço, tornando-se incomunicável. O processo tendia a ser secreto, inclusive, em relação ao próprio acusado, que não era informado sobre quem o havia delatado ou sobre o conteúdo exato da denúncia, motivo pelo qual restava comprometido qualquer exercício de defesa.[148] No dizer de Michel Foucault, "(...) era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justi-

(Doutorado em Altos Estudos Contemporâneos – Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Letras, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2011. p. 41.

141. SAAD, Marta; MALAN, Diogo. Op. cit., p. 422, 2005.

142. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001. p. 18.

143. Essa liberdade era concedida por lei, pois o processo inquisitorial mantinha estrito respeito ao procedimento instituído em lei, sendo esse processo marcado pelo seu legalismo. (FERNÁNDEZ, Enrique Gacto. Observaciones jurídicas sobre el proceso inquisitorial. In: LEVAGGI, Abelardo (coord.). *La inquisición en hispanoamerica*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997. Cap. 1, p. 14).

144. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit.,p. 84-85.

145. ESLAVA GALÁN, Juan. Op. cit., p. 79-80.

146. DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Trad. Andrea Morales Vidal. Chile: Editorial Juridica de Chile, 2000. p. 321.

147. AGUILERA BARCHET, Bruno. Op. cit., p. 369.

148. ESLAVA GALÁN, Juan. Op. cit., p. 55-56.

ficativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa."[149]

Esse segredo em relação à acusação expunha o réu a uma situação de grande insegurança, pois, considerando que a atividade inquisitória objetivava principalmente a confissão, o réu assumia o risco de admitir transgressões diversas daquela atribuída a si, prejudicando sua situação no processo.[150]

Uma das características básicas do novo processo que se apresentara era a possibilidade de ser ele iniciado e impulsionado de ofício pelo julgador (*processus per inquisitionem*), admitindo-se seu desenvolvimento sem a figura de um acusador distinto do juiz; isto é, o processo acontecia com o juiz na posição de investigador unilateral da causa.[151] Percebe-se que o inquisidor exercia as funções de acusador e juiz nesse processo, possuindo um ilimitado arbítrio judicial.[152]

O inquisidor, como se constata, era munido de todos os instrumentos necessários para "trabalhar" o acusado como desejava[153] e todo o desenvolvimento processual era pautado pela comprovação da culpa.[154] Até mesmo o exercício do advogado era voltado a esse objetivo, desempenhando a função de tentar convencer o réu a confessar, sob o argumento de que receberia punição mais leve.[155]

Conquanto conste no Manual dos Inquisidores que, no contexto da Inquisição, "(...) 'investigação' deve ser entendida como a investigação canônica efetuada por um juiz capaz e imparcial a respeito de uma ação criminal manifesta",[156]

149. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 39. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2011. p. 37.

150. FERNÁNDEZ, Enrique Gacto. Op. cit., p. 37.

151. DAMASKA, Mirjan R. Op. cit., p. 320-321.

152. ESLAVA GALÁN, Juan. Op. cit., p. 57.

153. Nesse sentido, Juan Eslava Galán refere que o inquisidor devia se dirigir ao acusado de maneira a parecer já saber de sua culpa, pois isso facilitava a obtenção de uma confissão – o que acontecia mesmo em casos de inocência, considerando-se a incomunicabilidade do réu, sua preocupação com a família, a demora do trâmite processual. Em decorrência desses fatores, por vezes, preferia o réu se declarar culpado, mesmo que inocente fosse, pois o castigo passava a lhe ser preferível à incerteza do trâmite processual (ESLAVA GALÁN, Juan. Op. cit., p. 58-59).

154. CORDERO, Franco. Op. cit., p. 24-25.

155. ESLAVA GALÁN, Juan. Op. cit., p. 59-60.

156. EYMERICH, Nicolau. Op. cit. p. 108.

o que se presenciava era uma atividade tendenciosa do inquisidor, marcada pela ideologia de "guerra aos hereges".[157]

Diz-se que ninguém remanescia ileso do processo inquisitivo. Mesmo quando absolvido o acusado, era ele responsável pelo custo do processo e era severamente advertido por dar sustentação às suspeitas de heresia e por ter desperdiçado o tempo dos inquisidores.[158]

Outra característica marcante desse processo é a liberdade do julgador na investigação da verdade.[159] A incerteza não era admitida no processo canônico, buscando-se uma verdade plena e, para isso, exigindo-se a colaboração forçada do acusado.[160] Considerado nada além de um pecador, o acusado era concebido como detentor de uma verdade a ser extraída a qualquer custo, sendo o réu tratado como um mero objeto sobre o qual recaía a investigação.[161]

A busca pela verdade, nesse processo inquisitivo, era claramente direcionada à comprovação da culpa do réu. Pode-se notar essa finalidade pela leitura de uma ata de sessão de tortura de 1659, transcrita por Juan Eslava Galán, na qual se registram advertências proferidas pelo inquisidor ao réu e algumas manifestações do suspeito: "Fue posto en el potro.[162] Fuele dicho diga la verdad, no se quiera ver en tanto trabajo. Dijo que diré la verdad, que no se acuerda,

157. Fica notável essa ideologia na passagem do próprio Manual, que reflete a atividade do inquisidor, o qual "Perseguirá qualquer leigo, independente de posição ou condição, seja herege, suspeito ou simplesmente, difamado" (EYMERICH, Nicolau. Op. cit., p. 194).

158. ESLAVA GALÁN, Juan. Op. cit.,p. 56.

159. FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1934. p. 28.

160. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 521.

161. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório... cit., p. 105. Concordantes são as palavras de Luís Greco, para quem o processo inquisitorial "(...) reduzia o acusado a um mero objeto do processo, uma fonte de informação, não reconhecendo nele o *status* de sujeito processual (...)." (GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 15).

162. O potro foi um dos instrumentos de tortura utilizados na Inquisição. Constituía-se de uma mesa de madeira sobre a qual era deitada a vítima, amarrando-se partes de seu corpo com cordas. Na medida em que o instrumento era acionado, as cordas exerciam forte pressão nos membros amarrados, semelhante à ação de um torniquete (*Potro*. Disponível em: [www.museudainquisicao.org.br/acervo/potro/]. Acesso em: 03.05.2014. Informação postada no *site* Museu da História da Inquisição).

que se hallaron algunas personas, y que no es verdad aquello, sí, pero que no se acuerda y que no quiere condenar su alma. (...) Mandósele ligar el brazo izquierdo (...) Fuele dicho diga la verdad o se le mandarán ligar los molledos (...) Ligósele el molledo izquierdo (...) Dijo por amor de Dios, me digan lo que falta (...) Fuele dicho diga la verdad o se le mandará poner el cordel para la mancuerda (...) Púsosele el cordel (...) diosele la primera vuelta de mancuerda (...) Dijo que no lo sé, justicia de Dios, Señor, por amor de Dios, no lo sé señores, ay señores misericordia a un triste hombre que no lo sé (...) Fuele dicho diga la verdad no se quiera ver en tanto trabajo (...)."[163]

Dessa forma, o magistrado, no exercício da titularidade processual e em suas decisões, expressava uma verdade incontestável, semelhante à ideia de dogma.[164]

Como se pode perceber, a concepção da verdade, nessa lógica, não se relaciona com a adequação à realidade ontológica. Resumidamente, o processo penal canônico pode ser definido como um instrumento de perseguição aos hereges, marcado pela atribuição de amplos poderes a um inquisidor, que poderia iniciar o processo de ofício, mesmo que fundamentado apenas em simples suspeitas e se utilizar de métodos de tortura, dispondo do acusado como se objeto fosse, na tentativa de se fazer conhecer a verdade do crime. A existência ou não de um órgão de acusação se apresenta como um mero detalhe do processo, restando ao julgador o exercício das funções acusatórias.

Pautado em atos de perversidade, na busca pela verdade "suprema", Jacinto Nelson de Miranda Coutinho refere que esse procedimento penal interessava apenas a quem não era atingido por ele, porquanto "(...) o alvo são os outros!".[165] Conquanto as práticas da época causem espanto atualmente, deve-se perceber que essa ideologia de divisão entre "dentro" e "fora" do processo permanecem presentes nos dias atuais, em evidência nos discursos repressivistas[166] e na tendência de bipartição da sociedade entre "homens de bem" e "homens maus", "trabalhadores" e "delinquentes", "cidadãos" e "inimigos".[167]

163. ESLAVA GALÁN, Juan. Op. cit.,p. 82.

164. AMARAL, Augusto Jobim do. Op. cit., p. 39-40.

165. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório... cit., p. 106.

166. CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema Penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46-47.

167. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 170-171.

3. CONCLUSÃO

O que se pode constatar pela reconstrução histórica dos sistemas processuais penais acusatório e inquisitivo é que ambos são fundados em princípios gerais diversos, o que determina toda a disciplina processual subjacente.

Em relação ao processo penal acusatório, encontra-se sua origem no processo ateniense, no qual o poder de acusar incumbia ao ofendido pelo delito ou a outro cidadão do povo, também responsável pela colheita da prova de acusação, atribuindo-se ao réu a produção da prova de sua inocência.

Esse processo era marcado, especialmente, pela postura passiva dos juízes. Da mesma forma foi estruturado o processo das *questiones perpetuae*, na fase da república da civilização romana, no qual o processo tinha início com a acusação de um cidadão, que, no procedimento, se colocava em posição oposta ao acusado, ambos responsáveis pelo desenvolvimento das teses e das provas.

Nesse procedimento das *questiones*, conferiu-se relevância destacada às liberdades individuais, em comparação com os outros procedimentos que se aplicaram à época.

Tomando o espaço do processo das *questiones*, o processo da *cognitio extra ordinem* fez nascer o sistema processual inquisitivo de amplitude de poderes do julgador, desapego às formalidades processuais, prescindibilidade de uma acusação para a instauração e desenvolvimento do processo e diminuição do valor e atuação da defesa.

Em sentido semelhante se projetou o sistema inquisitivo canônico, com a peculiaridade do seu momento histórico, dominado pela ideia de combate ao "inimigo" e pensado para alcançar a declaração de culpa do acusado, independentemente de sua inocência. Veja-se, por exemplo, que o processo tendia a ser secreto inclusive em relação ao réu, que, sem saber do teor das acusações que contra si haviam sido formuladas, era inquirido e, algumas vezes, torturado para que confessasse sua culpa, sujeito a admitir fatos que sequer cogitados eram na denúncia.

Conquanto as características específicas dos processos classificados como acusatório ou inquisitivo sejam variantes no decorrer da história, pode-se perceber que a ideologia presente nesses processos é semelhante. Nos processos de tipo acusatório, percebe-se um maior respeito pela pessoa do acusado, preservando-lhe as garantias fundamentais, sendo adotada, pelo titular do poder de julgar, uma posição passiva em relação à atividade das partes. Demarca esse sistema um viés de garantia de direitos, com a preservação de uma condição básica do réu. Ou seja, o magistrado, aqui, não deve desequilibrar o jogo processual.

WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. Processo Penal e História – A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 379-412. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

Diferentemente, nos processos de caráter inquisitivo, o que se presenciou foi uma diminuição da preservação das garantias do acusado, que, em muitos desses processos, foi concebido como um inimigo a ser combatido. Nesses casos, presencia-se uma confusão entre as funções processuais de julgar e acusar, pois os titulares da jurisdição passam a atuar com maior liberdade. O processo, assim, desvincula-se da concepção de garantia, pautando-se em um critério de defesa social.

Em síntese, para além da concepção de que os sistemas processuais penais representariam tipos fechados e determinados no curso da história, deve-se ter a serena compreensão de que tais sistemas são sempre permeados e infiltrados pelo contexto político, social e constitucional. Só quando tivermos a exata noção dessa realidade é que poderemos atingir, com vigor e coragem, às estruturas do processo penal brasileiro, contaminado pela alquimia inquisitorial em vários quadrantes. Oxalá, um dia, a imparcialidade seja um valor de maior envergadura, de modo a retirar definitivamente a gestão da prova das mãos do magistrado, para que então possamos afirmar: eis aí um processo acusatório.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILERA BARCHET, Bruno. La estructura del procedimiento inquisitorial. El procedimiento de la Inquisición española. In: PEREZ VILLANUEVA, Joaquin; ESCANDELL BONET, Bartolome (dirs.). *Historia de la inquisición en España y América*. Madrid: Centro de Estudios Inquisitoriales, 1993. t. 2, Segunda parte, cap. 2, ponto 3, p. 334-558.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brazileiro*. 2. ed. São Paulo: Aillaud, Alves & Cia, 1911. vol. 1.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Discurso penal e política da prova: nos limites da governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. 2011. 467f. Tese (Doutorado em Altos Estudos Contemporâneos – Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Letras, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2011.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ARANGIO-RUIZ, Vicente. *Historia del derecho romano*. Trad. Francisco de Pelsmaeker e Ivañes. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1943.

BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A inquisição*. Trad. Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2001.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969. vol. 1.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BOFF, Leonardo. Prefácio. In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 9-28.

BOVE, Lucio. Imperium. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (orgs.). *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957. vol. 8, p. 209-212.

BRASIELLO, Ugo. Diritto penale (diritto romano). In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (orgs.). *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957. vol. 5, p. 960-966.

_____. Processo penale (diritto romano). In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (orgs.). *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957. vol. 13, p. 1157-1160.

BUSTAMANTE, Juan Jose Gonzalez. *Principios de derecho procesal penal mexicano*. México: Editorial Porrua, 1971.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema Penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho procesal penal*. Atualizado por Jorge E. Vázquez Rossi. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998. t. 1.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 5. ed. Milão: Giuffrè, 2000.

COSTA, Moacyr Lôbo da. Prefácio. In: TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1976.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001. p. 3-55.

_____. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 46. n. 183. p. 103-115. Brasília, jul.-set. 2009. Disponível em: [www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/194935]. Acesso em: 19.02.2014.

DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Trad. Andrea Morales Vidal. Chile: Editorial Juridica de Chile, 2000.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. 2. ed. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2012. Publicado com a obra Meditações.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007.

DOMINICIS, Antonio de. Coercitio. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (orgs.). *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957. vol. 3, p. 417-426.

DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Perú: ARA Editores, 2010.

ESLAVA GALÁN, Juan. *Historias de la inquisición*. 2. ed. Barcelona: Editorial Planeta, 1993.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

FERNÁNDEZ, Enrique Gacto. Observaciones jurídicas sobre el proceso inquisitorial. In: LEVAGGI, Abelardo (coord.). *La inquisición en hispanoamerica*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997. Cap. 1, p. 13-42.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1934.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introducción teórica a la historia del derecho*. Trad. Adela Mora C., Rafael Ramis B. e Manuel Martínez N. Madrid: Editorial Dykinson, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 39. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

FRANCISCI, Pietro de. *Síntesis histórica del derecho romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

GILISSEN, John. *Introdução à história do direito*. 4. ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GIOFFREDI, Carlo. *I principi del diritto penale romano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1970.

GIORDANI, Mário Curtis. *Direito penal romano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *História da Grécia*. Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes, 1967.

GOETHE, Johann Wolfgang. *Fausto*. Trad. e prefácio de Silvio Meira. Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1968.

GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 5-25.

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 3. ed. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. 9. ed. Trad. Juan Miquel. Barcelona: Ediciones Ariel, 1994.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. 3. ed. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MANZINI, Vincenzo. *Manuale di procedura penale italiana*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1912.

MARTÍNEZ DÍAZ, Gonzalo. La estructura del procedimiento inquisitorial. Naturaleza y fundamentos jurídicos. In: PEREZ VILLANUEVA, Joaquin; ESCANDELL BONET, Bartolome (Dir.). *Historia de la inquisición en España y América. Madrid: Centro de Estudios Inquisitoriales*, 1993. t. 2, Segunda parte, cap. 2, ponto 1, p. 275-300.

MORELLI, Mariano G. Derecho, historia, lengua y cultura en el pensamiento de Savigny. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosifía Social*. n. 28. p. 84. Rosário, Argentina, 2004/2005. Disponível em: [www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent288.pdf]. Acesso em: 02.03.2014.

OLIVARES BIEC, Vicente. *Historia del derecho romano*. Madri: Establecimiento Tipográfico de Eduardo Cuesta, 1877.

PISAPIA, Gian Domenico. *Il segreto istruttorio nel processo penale*. Milão: Giuffrè, 1960.

PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Trad. Sueli Maria de Regino. São Paulo: Martin Claret, 2009.

Potro. Disponível em: [www.museudainquisicao.org.br/acervo/potro/]. Acesso em: 03.05.2014. Informação postada no *site* Museu da História da Inquisição.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RODRIGUES, Luiz Fernando Medeiros. Apresentação. In: WEBER, Cristiano. *O advogado diante da inquisitorialidade do inquérito policial*. São Leopoldo: Oikos, p. 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Antonio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

SAAD, Marta; MALAN, Diogo. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. *Revista dos Tribunais*. vol. 842. ano 94. p. 411-436. São Paulo: Ed. RT, dez. 2005.

SANTALUCIA, Bernardo. *Derecho penal romano*. Trad. Javier Paricio e Carmen Velasco. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

_____. Processo penale (diritto romano). In: SANTORO-PASSARELLI, Francesco (dir.). *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1987. vol. 36, p. 318-360.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodología jurídica*. Trad. J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994.

SCHILLING, Voltaire. *As grandes correntes do pensamento: da Grécia antiga ao neoliberalismo*. Porto Alegre: AGE, 1999.

SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. cap. 3, p. 59-94.

STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofia del derecho*. Trad. W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1930.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1976.

WOODS JR., Thomas E. *Como a Igreja Católica construiu a civilização ocidental*. Trad. Élcio Carillo; revisão de Emérico da Gama. São Paulo: Quadrante, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Ed., 1980. t. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Barganha no processo penal e o autoritarismo "consensual" nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo, de Vinicius Gomes de Vasconcellos – *RT* 953/261-279 (DTR\2015\1538);
- Estudo e crítica do "juiz das garantias", de Marcus Vinícius Pimenta Lopes – *RBCCrim* 111/227-259 (DTR\2015\244);
- Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no "Leito de Procusto", de Robson Renault Godinho – *RePro* 235/85 (DTR\2014\9808); e
- Um olhar para além dos sistemas processuais penais, de Clara Maria Roman Borges – *RBCCrim* 104/147 (DTR\2013\9093).

Vestígios da Ciência Penal germanófona

Uma recomendação de leitura

Remains of German-speaking Criminal Law
A recommended reading

Thomas Fischer

Nascido em 1953. Doutor em Direito. Juiz Presidente da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal Superior Federal (*Bundesgerichtshof*) em Karlsruhe. Professor honorário de Direito Penal na Universidade de Würzburg. Autor do comentário mais lido ao Código Penal alemão (62.ª edição, 2015) e desde meados de janeiro de 2015 autor da coluna semanal "Fischer im Recht" na versão online do semanário alemão "DIE ZEIT".

Traduzido por Peter Naumann

Nascido em 1950. Intérprete de conferências desde 1979 e secundariamente tradutor. Autor de numerosas traduções de obras jurídicas do e para o alemão.

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O artigo resenha uma obra coletiva, que enfeixa sob o título "A Ciência Penal germanófona em autorrepresentações" 22 contribuições autobiográficas de penalistas da geração antiga, com uma exceção ainda vivos, professores eméritos de universidades alemãs, austríacas e suíças. Ao avaliar essas contribuições, o autor, Juiz Presidente da 2ª Câmara Criminal do Tribunal Superior Federal (*Bundesgerichtshof*) e professor honorário de Direito Penal, chega a um juízo predominantemente negativo. Da leitura de muitas autobiografias não emerge a imagem de uma ciência aberta, consciente da sua responsabilidade, mas, muito pelo contrário, o mosaico de uma cultura interna e particularista, caracterizada pela orientação segundo valores pequeno-bur-

Abstract: The article reviews a collected edition under the title "The German-speaking criminal-law science in self portrayals" including 22 autobiographical articles of – with one exception – elderly professors for criminal law teaching at German, Austrain and Swiss universities. The author, presiding judge of the Second Criminal Division at the Federal Court of Justice, Germany's supreme court for civil and criminal matters, comes to a predominantly critical assessment of the articles. Many of the autobiographies do not show the picture of an open science aware of its responsibility; rather the mosaic of aninternalculture displaying an orientation of petty bourgeois values, conformity, trustfulness in hierarchies and lack of self-critical reflection.

Fischer, Thomas. Vestígios da Ciência Penal germanófona – Uma recomendação de leitura. Trad. Peter Naumann. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 413-456. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

gueses, mesmice, crença na hierarquia e falta de reflexão autocrítica. Abstração feita de exceções, decepciona a superficialidade da discussão do envolvimento dos autores ou dos seus mentores acadêmicos com a ditadura nazista. Tudo somado, as apresentações – de representatividade talvez questionável – produzem a imagem de um mundo "miúdo", autossuficiente e tendencialmente distante da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Ciência Penal germanófona – Literatura – Autobiografia – Carreiras – Pequena burguesia – Estrutura interna da ciência.

Disappointingly superficial is – with exceptions – the engagement with own involvements or those of their academic teachers with the Nazi-dictatorship. All in all the portrayals – whose representativity may be left undetermined – reveal the picture of a self-sufficient "small" world rather remote from society.

KEYWORDS: German Criminal-law science – Literature – Autobiography – Careers – petty bourgeoisie – Internal structure of science.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Questões literárias – 3. Questões autobiográficas – 4. Alunos, mestres, catedráticos – 5. Ciências – 6. Perspectivas: juízes e jurisperitos.

Se realmente se fosse um índio, desde logo alerta e, em cima do cavalo na corrida, enviesado no ar, se estremecesse sempre por um átimo sobre o chão trepidante, até que se largou a espora, pois não havia espora, até que se jogou fora a rédea, pois não havia rédea, e diante de si mal se viu o campo como pradaria ceifada rente, já sem pescoço de cavalo nem cabeça de cavalo.
Franz Kafka. Desejo de se tornar índio *(tradução de Modesto Carone)*

1. INTRODUÇÃO

Em meados[NT1] de 2010 foram publicadas duas contribuições sobre conceito, conteúdo e sentido da Ciência do Direito (Penal). O texto de uma palestra de Rainer Maria Kiesow, *Rechtswissenschaft – was ist das?* [Ciência do Direito: o que é isso?][1] e uma volumosa coletânea biográfica editada por Eric Hilgendorf, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen* [A Ciência

NT1. Nota do Tradutor: O tradutor agradece *ex corde* ao autor pelos esclarecimentos pacientes e ao primeiro leitor e revisor, o Dr. José Paulo Baltazar Júnior, pelas agudas e pertinentes correções e sugestões, que melhoraram substancialmente o texto. Sempre que necessário, os termos alemães foram colocados entre colchetes. Informações necessárias à perfeita compreensão dos argumentos do autor foram prestadas nas notas do tradutor, caracterizadas como "[NT]".

1. Rainer Maria Kiesow. *Rechtswissenschaft – was ist das?* Palestra proferida em 19.11.2009 na Universidade de Erlangen-Nürnberg, in: JZ 2010, p. 585-591.

Penal germanófona, em autorrepresentações].[2] Kiesow contesta genericamente a existência de algo como a *Ciência* do Direito – enquanto dogmática jurídica.[3] Na coletânea editada por Hilgendorf tal ciência deve *representar*-se. Quanto ao objetivo e à disposição do seu conteúdo, as duas publicações têm poucos pontos em comum. Não obstante, a primeira deverá servir-nos de mote para discutir o projeto e os resultados da segunda. O fato disso ocorrer aqui, na *Festschrift* para uma juíza e representante da *prática* juspenalista, carece de uma breve fundamentação.[4]

"A Ciência do Direito Penal na Alemanha em autorrepresentações" é um título intrincado[5] para a empreitada de Hilgendorf, concebida para representar, por um lado e mediante compilação de esboços autobiográficos, as biografias de representantes da dogmática penalista germanófona[6] e, por outro lado e nesse empenho, "transmitir uma impressão da multiplicidade da Ciência do Direito Penal de língua alemã".[7] Para tal fim, 21 pessoas – entre as quais não havia nenhuma mulher, que atendesse aos pré-requisitos de cooperação – nascidos

2. Eric Hilgendorf (ed.). *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen* (Juristische Zeitgeschichte, Abteilung 4: Leben und Werk, vol. 12). Berlim; Nova Iorque, Editora Walter de Gruyter, 2010, XIV + 702 p. Todas as citações a seguir (apenas) com indicação do nome e da página remetem a essa obra.
3. Cf., porém, Kiesow. *Die Tage der Juristen*, in: myops 19 (2010), p. 4, 13 ss.: "Ciência do Direito como reflexão".
4. Introduções em contribuições a *Festschriften* [publicações comemorativas de jubileus de cientistas, com contribuições dos seus colegas, alunos e amigos – NT] volta e meia lamentam o elevado número das *Festschriften*, bem como a dificuldade (do próprio autor) em encontrar um tema (com especial freqüência: Kühl, *Festschrift für Meyer-Goßner*, 2001, p. 715; Id. *Festschrift für Gössel*, 2002, p. 191; Id. *Festschrift für Jakobs*, 2006, p. 293; Id. *Festschrift für Herzberg*, 2008, p. 177; Id. *Festschrift für Seebode*, 2008, p. 61; Id. *Festschrift für Volk*, 2009, p. 275; Id. *Festschrift für Maiwald*, 2010, p. 433; Id. *Festschrift für Krey*, 2010, p. 269, 272; et passim). Tais dissabores, porém, não pesam muito. Há 30 anos lamentou-se uma suposta inflação; lamentações parecem fazer parte desse gênero de texto. De resto, são poucos os esforços, aos quais podemos nos subtrair com tanta facilidade, aceitando para nós mesmos o que recomendamos aos outros.
5. Modelo: Hans Planitz. *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*. vol. I, 1924; vol. II, 1925.
6. V. Hilgendorf, p. XIII. No entanto, a restrição à *dogmática* penalista não é mantida com coerência na introdução de Hilgendorf e nas autobiografias; de qualquer modo o conceito parece ser empregado parcialmente como sinônimo de "Ciência do Direito Penal".
7. Hilgendorf, *Introdução*, p. XIII,

de 1915 a 1939 e dispostos em ordem alfabética, redigiram relatos autobiográficos[8] sem obedecer a uma pauta detalhada.[9] Com uma exceção, os autores foram professores titulares e professores catedráticos com dedicação exclusiva em disciplinas das "Ciências Penais Reunidas"[NT2] em 17 (de 21) universidades alemãs, uma universidade austríaca e duas universidades suíças; no início do projeto eles estavam com no mínimo 70 anos de idade. Na sua totalidade, seus autorretratos visam esboçar um quadro da Ciência Penal germanófona. Assim o conceito de ciência, ao qual o título da coletânea se refere num primeiro momento, não é epistemológico ou material, mas antes descreve a trajetória e atividade *profissionais* dos protagonistas, dos quais podemos inferir a *ciência como vocação*[NT3] e talvez também a "essência" da Ciência do Direito Penal", se e na medida em que os *autores* apresentam biografias, que descrevem a *Ciência* do Direito Penal como *conteúdo*.

A relação entre a práxis do direito penal, nomeadamente a dos tribunais penais, e a Ciência do Direito Penal[10] é considerada rica em tensões, obscura e de qualquer modo problemática.[11] Essa afirmação alude, no entanto, a mais

8. O texto de Lüderssen (351-383), com pequenas complementações, ao capítulo conclusivo do seu livro autobiográfico *Kein Gershwin mehr in Wernigerode. Unregelmäßige Erinnerungen*, publicado em 2009 (nessa publicação: p. 151-196). Infelizmente falta uma referência a esse fato.

9. Algumas contribuições (Lackner, Maihofer, Schreiber) foram esboçadas a partir de entrevistas pelo próprio editor, mas foram corrigidas pelos autores (Hilgendorf, o. XIII). O texto sobre Theodor Lenckner foi escrito post mortem e foi redigido por Edward Schramm.

NT2. Nota do Tradutor: O termo "Ciências Penais Reunidas [Gesamte Strafrechtswissenschaften] designa na Alemanha o conjunto das disciplinas do Direito Penal. Uma das mais tradicionais revistas de Direito Penal, fundada em 1881, chama-se "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" [Revista das Ciências Penais Reunidas] e abrange as disciplinas Dogmática do Direito Penal, Direito Processual Penal, Política Criminal, Criminologia, História do Direito Penal e Filosofia do Direito.

NT3. Nota do Tradutor: Alusão à famosa conferência proferida por Max Weber em 07.11.1917 perante estudantes universitários em Munique e publicada em 1919, *Wissenschaft als Beruf* [Ciência como vocação].

10. Um inventário resumido de largas dimensões a partir da perspectiva interna encontra-se em Schünemann. *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, in: FS für Claus Roxin, 2001, p. 1-32.

11. Mencionemos exemplificativamente Erb. *Strafrechtswissenschaft, höchstrichterliche Rechtsprechung und tatrichterliche Praxis des Strafrechts*, in: ZStW 113 (2001), p. 1 ss.; Fischer. FS für Rainer Hamm, 2008, p. 63 ss.; Radtke. *Gestörte Wechselbezüge? Zum Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Rechtsprechung*, in ZStW 119 (2007),

do que à mera pergunta pela "fecundação recíproca", pelo conhecimento e pela referência, à mera pergunta por empenhos em favor de encontros e intercâmbios. Muito pelo contrário, surgem no fundo aqui as perguntas, se e eventualmente como o sistema de demanda penal da sociedade *genericamente* é influenciado e controlado pela "ciência" ou dela depende; e, inversamente, se a práxis juspenalista genericamente pode ou deve ser o escopo, objeto ou aplicação da "Ciência do Direito Penal": a justiça penal é a prática da Ciência do Direito Penal? Mais: de que tipo de ciência se trata, quando os resultados são sentenças "defensáveis" e seu *oposto* igualmente defensável? Uma autorrepresentação da Ciência do Direito Penal, que não se atém apenas às estruturas imanentes da diferenciação jusdogmática, mas descreve os resultados de *motivações* pessoais, talvez pudesse dar esclarecimentos sobre essa questão. De qualquer modo, espero, ao fazer essa pergunta, não deixar de despertar o interesse da destinatária da presente *Festschrift*.[12]

2. QUESTÕES LITERÁRIAS

a) Não se depreende da folha de rosto ou prefácio da coletânea se esta abre uma *série*. Formulada no título, a regra da autorrepresentação foi quebrada na medida em que um texto *hetero*biográfico sobre Theodor Lenckner foi incluído na coletânea, devido à importância do autor para a Ciência Penal alemã.[13]

Ao lado do perfil de exigências, "representante da Ciência Penal", a explicação da seleção dos autores só aponta ao critério objetivo de uma idade mínima

p. 69 ss. Sobre a relação com a legislação v. Joachim Vogel. *Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft*, in: FS für Claus Roxin, 2001, p. 105 ss.; Wolfgang Frisch. *Zur Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Entwicklung des Strafrechts*, in: Stürner (ed.). Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2010, cap. 5. Fezer denuncia a pergunta (sem pertinência) como "tema da moda" – no entanto apenas, para em seguida aprofundar-se nela.

12. Ruth Rissing-van Saan pertenceu desde o início aos protagonistas do "Diálogo Penalista de Karlsruhe", uma série de eventos organizada desde 2007 no Tribunal Federal de Justiça, entrementes provavelmente considerada "conhecida" e dedicada ao intercâmbio de opiniões, nomeadamente entre professores de Direito Penal e membros do Tribunal Federal de Justiça e da Procuradoria Federal. É de desejar-se que esse evento no futuro seja usado ainda mais do que até agora para o *diálogo*, assim, por exemplo, por meio de uma seleção intencionalmente "cruzada" de temas, sempre referidos aos respectivos interlocutores.

13. Hilgendorf, XIII.

de setenta anos, ao lado de preferências subjetivas do editor, não explicadas em pormenores, bem como da avaliação de que teriam sido "escolhidos preponderantemente autores, cujas publicações científicas penalistas teriam produzido um efeito no plano internacional" (Hilgendorf, XIII). Ocorre que essa última afirmação ainda não explica por que *não* foram considerados outros autores, cujo efeito internacional – não importam os critérios da sua aferição – presumivelmente não é menor.[14] A razão disso poderia estar em uma seleção segundo critérios inteiramente subjetivo-emocionais, vale dizer, legítimos, só que tendencialmente distantes da ciência; e ela poderia estar também no fato de que outros autores foram consultados, mas não quiseram dar uma contribuição. Com vistas à orientação do leitor, seria ao menos útil e já quase necessário informar se a primeira ou segunda razão explicam a seleção, pois um retrato "da Ciência do Direito Penal" está sujeito a suspeitas de imprecisão, se o método de seleção não oferece nenhuma garantia mais ou menos suficiente de representatividade, ou se não são informadas razões de conteúdo para a sua falta ou problematicidade. Assim o título da coletânea acaba formulando talvez mais um *desejo* ou uma *promessa* do que um conteúdo; o título "autorrepresentações de penalistas alemães" teria reproduzido melhor o que o leitor da publicação pode esperar.

b) Enquanto gênero literário, a autobiografia conhece muitas formas, obedece a regras próprias e dispõe de critérios imanentes de qualidade. No entanto, as exigências de forma, feitas à autobiografia de um cientista (penalista) no seu papel de representante de um grupo profissional, decerto diferem da expectativa diante da autorrepresentação de pessoas, que atraem ou deveriam atrair o interesse da sociedade. Na sua contribuição, Ernst-Joachim Lampe formula a diferença nos seguintes termos: "Em grau menor do que artistas e políticos, [cientistas] usarão a sua autobiografia não para fins de conscientização ou narrativa do seu próprio desenvolvimento, mas muito mais para resumir os resultados da sua própria pesquisa. O que, além disso, lhes resta para um relato de vivências pessoais, (...) diz respeito sobretudo às condições históricas contemporâneas, sob as quais eles [fizeram] o seu

14. Sem pretensão de exaustividade mencionemos à guisa de exemplo: Knut Amelung, Ulrich Eisenberg, Gerhard Fezer, Karl-Heinz Gössel, Gerald Grünwald († 18.12.2009; necrológio Dencker StV 2010, 110), Ernst-Walter Hanack, Winfried Hassemer, Rolf Dietrich Herzberg, Günther Jakobs, Heike Jung, Wilfried Küper, Manfred Maiwald, Heinz Müller-Dietz, Harro Otto, Hans-Joachim Rudolphi († 24.07.2009; necrológicos Wolter/Rogall NJW 2009, 3219; Paeffgen StV 2009, 615), Manfred Seebode, Ernst Amadeus Wolff († 03.05.2008; necrológio Zaczyk JZ 2008, 885).

trabalho. Nesse sentido eles não têm nada de extraordinário para contar (...)" (Lampe, 305).[15]

Nem todos os 21 autores veem isso assim.[16] Muito pelo contrário, provavelmente só uma maioria endossa essa perspectiva, não importando aqui as razões ou a pertinência da perspectiva. A maioria decidiu em favor de *formas mistas*, situadas entre narrativas – em parte assaz pessoais – da própria trajetória biográfica e relatos mais ou menos extensamente comentados da "evolução" [*Werdegang*] na formação escolar e profissionalizante e no exercício da profissão. Chama a atenção o fato de que em quase todos os autores as explanações sobre detalhes pessoais e biográficos, descrições de emoções, representações mentais ou planos restringem-se quase integralmente aos períodos da infância e juventude – percebidos sempre como dignos de serem relatados, embora com pesos bastante distintos –, ao passo que a propensão à abertura com relação à própria pessoa ou biografia ou reflexão sobre elas decresce visivelmente com a progressão dos segmentos de vida relatados. É quase impossível supor que essa atribuição de peso, manifesta justamente na sua repetição, decorra em cada caso de decisões conscientes. Por isso ela revela um amadorismo – de resto simpático – no trato com textos não especializados, mas ao mesmo tempo também uma atitude de *cautela* diante de possíveis riscos da revelação – que podem dizer respeito à autorreflexão ou à visibilidade social.

Vistas de fora, as antipatias violentas, as escolas de *posturas* e assim chamadas "posições básicas" amiúde se afiguram atribuições recíprocas, lutas cansativas em torno de *significados*.[17] Da ótica da Psicologia Social, tais fenômenos são quase inevitáveis nas salas por vezes apertadas das faculdades e dos escritórios dos catedráticos, caracterizados pela sua autorreferencialidade, preexistente na sua própria estrutura; e esses fenômenos são familiares a todos que se aproximam do sistema (administrativo) da ciência (jurídica). Nas autobiografias,

15. Cf. também Max Weber. *Wissenschaft als Beruf*. 10ª ed. 1996, p. 14: "Na medida em que a sua arte está em pauta, mesmo uma personalidade do porte de um Goethe pagou o preço de ter tomado a liberdade de transformar sua 'vida' em obra de arte (...). Ocorre que no campo da ciência com certeza não é uma 'personalidade' quem entra em cena como empresário da causa, à qual deveria dedicar-se, pretende legitimar-se por 'vivências' e pergunta: como demonstro, que sou mais do que apenas um 'perito'? Como eu faço para, quanto à forma ou ao tema, dizer algo que até agora ninguém disse como eu? Eis um fenômeno hoje maciço, que sempre sugere pedantismo e diminui quem assim pergunta (...)."

16. Cf. e.g. Stratenwerth, 568.

17. Otto Lagodny. *Strafrechtswissenschaft als "Kampfsport"*, in Festschrift für Volkmar Mehle, 2009, p. 339.

tais constrangimentos remanescem invisíveis. Colegas complicados, situações de trabalho desagradáveis, descontentamento na profissão, falta de reconhecimento, concorrência desleal, funcionários administrativos de má qualidade: tudo isso existiu, quando muito, só no passado remoto. Mas essa representação retocada das condições de entorno também tem razões localizadas no próprio objeto: biografias científicas não são espaços de acerto de contas, e num sistema em ampla medida fechado de algumas centenas de pessoas os limites de tolerância devem ser cuidadosamente levados em consideração.[18]

c) Digna de nota é a similitude do estilo, da postura narrativa, da emoção literária, na qual os esboços estão redigidos. Quase a metade dos autores ressalta a sua afinidade com a arte e, não em último lugar, com a literatura. Não obstante, são raras nas 700 páginas da coletânea as tentativas de vazar a própria biografia em forma literária.[19] Também aqui, na retrospectiva sobre a própria vida, o jurista não vai além do seu chinelo:[NT4] o estilo médio domina amplamente; o medo do excesso é sensível; mesmo a descrição de excêntricos, que os juristas apreciam ter encontrado na sua atividade profissional, é visivelmente pautada pela preocupação de não ser considerado um deles; miudezas, golpes do destino e triunfos esfumam-se igualmente no relato à luz suave do *pretérito perfeito da voz ativa*:[NT5] então meu pai faleceu; escrevi um livro; casei; tornei-me livre-docente.

---

18. Acrescem peculiaridades do tema, que ainda devem ser discutidas pormenorizadamente. Imagine-se uma ciência, na qual (quase) sempre temos *razão* [literalmente: direito; o jogo de palavras não pode ser reproduzido em português. NT], que praticamente desconhece o malogro e a supervisão e é operada por pessoas que encabeçam pequenos grupos com independência (quase) absoluta no tocante ao conteúdo, cujos membros dependem existencialmente da sua benevolência pessoal. Impõe-se a constatação de que em uma tal estrutura também ocorram motivações carentes de objetividade, limitações individuais e exclusões coletivas. Isso não necessariamente reduz o valor dessa estrutura para o desenvolvimento do espírito crítico, mas exige grande atenção diante de fontes de erros. Nesse sentido, vale para a ciência jurídica (penalista) o que vale para estruturas comparáveis.

19. Diversamente e.g. Klaus Lüderssen (v. supra nota de rodapé 9). Em contrapartida, o esboço autobiográfico de Günter Spendel. *Jugend in einer Diktatur. Erinnerungen eines Zeitzeugen* (1998), não foi escrito com engajamento literário, mas com interesse preponderantemente histórico-iluminista.

NT4. Nota do Tradutor: O original alemão *bleibt der Jurist bei seinem Leisten* alude ao saboroso provérbio (*Schuster, bleib deinem Leisten!* (literalmente: Sapateiro, não vá além da fôrma); em inglês, *Let not the cobbler go beyond his last*; em francês, *Cordonnier, borne-toi à la chaussure!*; em italiano, *Ciabattiere, parla del tuo mestiere*, e em espanhol, *¡Zapatero, a tus zapatos!*

NT5. Nota do Tradutor: No original alemão por razões óbvias: pretérito imperfeito da voz ativa.

Naturalmente há exceções, como sempre. Quem já ouviu palestras de Gunther Arzt, redescobrirá na sua contribuição a elegância intelectual e as linhas finas da ironia além do habitual senso de humor dos juristas. Em Claus Roxin, que brinca soberanamente com o gesto do primeiro movente [*Weltbeweger*] mesmo onde ausculta o eco das suas próprias palavras em amplos espaços, os braços levantados como Charlton Heston ao dividir as águas do Mar Vermelho, a arte altamente refletida da representação sempre é motivo de alegria também na forma escrita. No outro prato da balança suportamos sem dificuldade algumas incursões não de todo bem logradas no gênero anedótico, alguns ensaios literariamente menos convincentes de insinuar, na retrospectiva, a proximidade com a grande arte, quiçá uma proclividade à vida boêmia, com a menção de deuses gregos ou arquitetos italianos: também aqui o leitor não é fatigado com excessos.

Tudo isso é em parte muito interessante, amiúde simpático do ponto de vista humano, e por vezes talvez denote uma certa estreiteza de espírito [*klein kariert*].[20] Um pouco cansativas são as explanações, com as quais três dos quatro autores, que participaram ativamente da Segunda Guerra Mundial, comentam detalhes do seu engajamento na campanha contra a Rússia,[21] incluso o seu enorme talento nessa área.[22] Aqui ideias sobre os horrores, traumas e responsabilidades da guerra teriam sido mais interessantes do que relatos sobre o cumprimento do dever militar[23] e a menção dos correspondentes elogios obtidos.[24]

20. Admito que esse juízo é decididamente subjetivo e deveria ser examinado com vistas à própria imagem. Ele não autoriza a autocomplacência, nem do autor, nem do estimado leitor dessas linhas.

21. Pp. 173 ss., 278 ss., 598 ss.; diferentemente, com concisão e clareza, Maihofer, 392: "Uma experiência terrível (...) foi a campanha na Rússia, que vivenciei na condição de oficial de inteligência (...), das batalhas pela Ucrânia e Criméia até as tentativas tresloucadas da conquista de Leningrado e Stalingrado, com as quais essa campanha desembocou numa catástrofe militar."

22. "Em pouco tempo consegui chegar na utilização do código Morse a 120 caracteres por minuto, o que foi amplamente avaliado como um rendimento respeitável, até então atingido apenas por soldados profissionais" (Lackner, 277); "Como jurista, consegui compensar em parte minhas lacunas na chefia de destacamentos de blindados com ordens ao batalhão bem-estruturadas e formuladas (...)" (Jescheck, 174).

23. "[Escrevi] um pequeno artigo sobre a postura dos oficiais alemães nessa guerra (...). Quando ele me perguntou, por que ninguém de nós desertara, respondi: 'Un officier allemand ne déserte pas'" (Jescheck, 177).

24. A avaliação majoritária dos participantes da guerra é diferente. A maioria silenciou com perseverança; uma minoria fala até hoje dos russos atacantes, aos quais se resistia em cumprimento do dever (cf. a esse respeito também Raphael Gross. *Anständig*

Muitos dentre os relatos autobiográficos são interessantes e dignos de leitura, sobretudo quando de autores, que não apresentam as ocorrências da sua vida como eco da sua importância. Não é fácil atingir esse ponto em textos autobiográficos. Bem-logrados, tornam-se literatura; no caso contrário, atolam-se nas viscosidades de uma prosa "curricular" espraiada de modo fatigante. Não se pretende, porém, criticar aqui as qualidades literárias dos autores, menos ainda proceder a uma avaliação das suas biografias, que desperta a atenção com a revelação de pequenas fraquezas.[25] Meu interesse de conhecimento segue a ambição da própria coletânea: indaga se as autorrepresentações das pessoas resultam em elementos, que autorizam inferir *conteúdos relevantes* da Ciência do Direito (Penal).

3. QUESTÕES AUTOBIOGRÁFICAS

a)

Já foi dito que os autores são homens. Nenhum tem "fundo migratório".[NT6] Há apenas um "refugiado" *stricto sensu*. Nenhum judeu. Sete autores provêm da Alemanha Oriental, mas já vieram à Alemanha Ocidental antes da construção do Muro de Berlim. A coletânea não contém nenhuma biografia de um jurista da República Democrática Alemã.[26]

---

geblieben. Nationalsozialistische Moral. 2010). Para a geração do pós-guerra, foi quase mais difícil suportar o primeiro fenômeno. A especificidade alemã não reside nas formas de expressão da traumatização, mas na sensação deprimente do beco sem saída, experimentada pelo resto da vida. Podemos revisitar a expressão formal dessa atitude transfigurada num estilo repassado de sentimentalidade lacrimejante pelo cinema dos anos 50 e 60, que contém uma oferta bem-sortida de figurações do soldado alemão *decente*, que entoava canções natalinas em Stalingrado e continuava sendo um *bom sujeito* em meio ao genocídio.

25. A respeito disso apenas um lugar-comum: a morte certa da importância é a pose de gravidade circunspecta. É trágico ver que a ela sucumbem justamente os que alimentam um interesse especial em que o mundo saiba da sua importância. Sempre bem-informados, os urubus dos suplementos literários sabem disso: eis a fonte do seu próprio orgulho desmedido.

NT6. Nota do Tradutor: O termo alemão, aqui traduzido literalmente, é *Migrationshintergrund* e é usado no cotidiano, mas também pelos órgãos estatísticos e pela Ciência Política e Sociologia. Designa os integrantes de segmentos populacionais imigrados desde 1949.

26. Isso corresponde ao estado no vigésimo ano da reunificação da Alemanha. Nesse tocante, encontramos alguma coisa e.g. em Klein/Saar/Schulze (edd.). *Zwischen Rechtsstaat und Diktatur. Deutsche Juristen des 20. Jahrhunderts*. Berlim, 2005; cf. também Dreier/Eckert/Mollnau/Rottleuthner (edd.). *Rechtswissenschaft in der DDR*

Uma análise mais acurada confirma as constatações da sociologia dos juristas. Os autores provêm sem exceção do meio pequeno-burguês. Seus pais foram funcionários públicos dos escalões médio e inferior, engenheiros, professores, artesãos autônomos, oficiais de médio escalão das Forças Armadas, pequenos empresários e profissionais liberais; as mães, donas de casa. Um autor informa ser "de origem humilde". Não há autores provenientes de famílias de operários (especializados), tampouco egressos da alta burguesia ou da alta nobreza. A essa origem correspondem muitas informações sobre as motivações subjacentes à opção pelo Direito enquanto disciplina de estudos: assim a expectativa de ocupar posições seguras, de ter amplas possibilidades profissionais, de estudar "algo sério".

As origens biográficas são representativas para juristas; são interessantes, pois regularmente também conformam a visão do mundo. A pequena burguesia – as "camadas médias" – são o centro da nossa cultura, a fonte revigorante do seu sucesso, o laboratório da sua inovação.[27] Daqui elevamos os olhos com admiração enlevada, aos grandes donos do poder e artistas consagrados, e miramos, arrepiados, os abismos do pauperismo, dos quais os avoengos emergiram em tempos distantes. Aqui está o berço da opinião dominante,[NT7] do orgulho pela ascensão social por mérito próprio, do amor à medianidade.

b)

Quase nenhum dos autores perde a ocasião de mencionar uma certa abertura da casa paterna, da biografia e do seu próprio pensamento diante da

---

1949-1971. Dokumente zur politischen Steuerung im Grundlagenbereich. 1996; Mahlmann. *Die Strafrechtswissenschaft der DDR.* 2002 (tese de doutorado, apresentada na Universidade de Kiel). De elevado valor por causa da apresentação sugestiva é uma entrevista de Erich Buchholz (nascido em 1927; catedrático emérito da Universidade Humboldt de Berlim, desde 1976 Diretor da Seção de Ciências Jurídicas), gravada em vídeo e disponível e.g. em [www.heimat-ddr.de].

27. Belas descrições em Hans Magnus Enzensberger; cf. e.g. *Von der Unaufhaltsamkeit des Kleinbürgertums*, in: Kursbuch 45 (1976), 1; *Verteidigung der Normalität*, in: Die Zeit de 28 de maio de 1982 (in: Der fliegende Robert. 1982); *Mittelmaß und Wahn. Gesammelte Zerstreuungen.* 1990.

NT7. Nota do Tradutor: "Opinião dominante" é tradução literal de "herrschende Meinung" (sigla h.M. ou simplesmente hM) e designa a posição preponderantemente assumida pelo contexto acadêmico e especialmente jurídico num discurso ou com referência a um litígio concreto. Cf. a respeito Christian Djeffal. *Die herrschende Meinung als Argument. Ein didaktischer Beitrag in historischer und theoretischer Perspektive*, in ZJS 2013, p. 463-466 (também em [www.zjs-online.com/dat/artikel/2013_5_727.pdf]).

arte, muitas vezes diante da música.[28] Digna de nota é também a frequência dos relatos de um interesse precoce por questões principiológicas, por exemplo de filosofia, línguas antigas ou história. Deixemos aqui em suspenso a pergunta, se isso corresponde efetivamente à realidade da respectiva adolescência.

Experiências ou provações biográficas durante o período nazista são na sua maior parte apenas tangenciadas por mais ou menos metade dos autores.[29] Só dois autores informam que seus pais foram seguidores do nazismo; vários informam, no entanto, sobre posturas, atividades e experiências decididamente antifascistas na sua infância e juventude (sobretudo *Weber*, 635 ss.; também *Spendel*, 529).[30] Alguns lembram vagamente a "situação" [*Verhältnisse*], e aqui também não faltam os eufemismos;[31] mencionam, porém, sobretudo os efeitos e as agruras da derrota (quase sempre: "do colapso"). Só poucos informam decididamente sobre o alívio diante do fim da ditadura e da esperança diante de um recomeço consciente, "inteiramente novo", em 1945 (sobretudo Maihofer, 392 s.; cf. também Lüderssen, 351 s.; Naucke, 427; Roxin, 458; Stratenwerth, 556, 564; Weber, 639 s.). Para a maioria o período nazista parece ser uma lembrança tendencialmente pálida da infância;[32] os últimos anos da guerra eles vivenciaram na juventude como tempos de opressão e medo, o pós-guerra como fase de vida definida pela primeira estruturação autônoma de uma vida cotidiana.

De qualquer modo espanta que, abstração feita de exceções (sobretudo Spendel, 529 ss.; Roxin, 458 s.) uma "elaboração" falte em boa parte das au-

28. No entanto, fica sempre sem resposta a pergunta pelo que devemos imaginar *concretamente* a esse respeito (exceção: Lampe, 310). Isso também corresponde a um "consenso básico" (cultural), pressuposto pelos autores, que, segundo devemos suspeitar, radica no cânone da classe média culta [Bildungsbürgertum] das décadas de 1950 e 1960. Revigorante é a confissão da falta de talento musical de Ulrich Weber.

29. Os anos de nascimento, de 1915 a 1939, podem ser subdivididos nas faixas etárias dos participantes ativos da guerra (1915 a 1922), de um grupo pertencente à "geração dos auxiliares da defesa antiaérea" (1924 a 1929) e de um grupo dos nascidos depois de 1930, que vivenciaram a ditadura nazista e a guerra apenas na infância.

30. Sobre Lüderssen cf. Id. (nota de rodapé 8, supra), p. 58 ss.

31. "Somente em 1940 [meu pai] não teve alternativa, com vistas à família, senão ingressar no partido" (Hirsch, 126). Lackner (exame de conclusão do 2.º grau em 1933 em Bonn) lembra-se que nos anos de 1930 a 1933 "[houve] um antissemitismo latente [!], que às vezes [!] se manifestava na mídia" (Lackner, 272).

32. Evocações biográficas extensas em Lüderssen (nota de rodapé 8, supra), p. 43 ss.

tobiografias.[33] Quase sempre não encontramos (exceção e.g. Weber, 638 ss.) nem referências autobiográficas ao modo de lidar com informações sobre atos e autores do regime nazista, que devem ter sido disponíveis na proximidade direta – familiar, social, profissional – de quase todos os autores da geração aqui representada, nem reflexões sobre a "o enfrentamento e a discussão, no todo malograda, com o judiciário nazista"[34] na (jovem) República Federal da Alemanha, na qual se deram as carreiras jurídicas descritas na coletânea. É decepcionante constatar que nas 21 autobiografias dos jurisperitos alemães nascidos antes da guerra só uma minoria estabelece explicitamente[35] um nexo de conhecimento [*Erkenntniszusammenhang*] entre o "desprezo completo da ideia de justiça e humanidade, que definiu a imagem do judiciário nazista", e a sua própria ideia de direito.[36]

Tudo indica que para os mais jovens dentre os autores a vida só começou na retrospectiva sobre o período do pós-guerra. Para tanto a fundação da República Federal da Alemanha e o significado da Lei Fundamental talvez não tenham sido deveras importantes; quase nunca são mencionadas. Nas autobiografias dos filhos, não se menciona nem se reflete sobre a experiência traumatizante, de que quase duas gerações completas de *pais*, a maioria dos homens adultos, que (ainda) viviam na Alemanha em 1949, não enfrentavam seus filhos (e a si mesmos) na condição de assistentes presumidos (prima facie) de crimes contra a humanidade, mas sobretudo como *perdedores* humilhados.[37] Não pretendemos ensaiar aqui uma projeção (especulativa) desse fato sobre as biografias e as carreiras profissionais científicas. Permita-se, porém, a formulação da hipótese de que deve ter sido necessário um processo de "elaboração" intrapsíquica

33. Spendel menciona os processos contra os criminosos nazistas no período do pós-guerra, Maihofer os processos de Nürnberg; interessantes são também as referências de Naucke (426) a conversas com o penalista nazista Georg Dahm, que continuou lecionando direito em Kiel. Cf., porém, a esse respeito Thomas Horstmann/Heike Litzinger. *An den Grenzen des Rechts. Gespräche mit Juristen über die Verfolgung von NS-Verbrechen*. 2006. Os interlocutores são, entre outros, os autores aqui tratados Karl Lackner (ibid. p. 149 ss.) e Claus Roxin (ibid., p. 203 ss.).

34. BGHSt 41,317, 339.

35. BGHSt 41, 317, 340.

36. Cf. a esse respeito também Ulrike Jureit/Christian Schneider. *Gefühlte Opfer. Illusionen der Vergangenheitsbewältigung*. 2010, p. 77 ss. Fazemos referência expressa às descrições em Horstmann/Litzinger (supra, nota de rodapé 33) sobre a "Königsteiner Tagung" em abril de 1966.

37. Uma referência remota encontra-se em Lampe, 307. Cf. também Lüderssen (supra, nota de rodapé 8), p. 108.

e social, para que se pudesse ignorar quase por inteiro tal descoberta catastrófica na consciência *pública* da República Federal da Alemanha até os anos 60 adentro e convertê-la nas histórias individuais das famílias e das biografias em uma atitude de alegada continuidade da "normalidade", que na retrospectiva se afigura amiúde estranhamente indiferente e vazia. É pouco provável que isso não tenha surtido influência na profissão.

c)

Os caminhos para o estudo do Direito e o limiar da profissão igualam-se em aspectos surpreendentes; exceções são raras. O relato mais impressionante, biograficamente também mais arriscado nos é fornecido por Hans-Heinrich Jescheck: "Um ano antes do exame de conclusão do 2.º grau tive (...) a oportunidade de participar de uma 'viagem à Hélade' de catedráticos e acadêmicos (...). Para mim foi significativa uma vivência no percurso da Acrópole em Atenas. O grande arqueólogo Wilhelm Dörpfeld pousou-me (...) a mão no ombro, como em busca de apoio. Nesse instante formou-se na minha imaginação a ideia: também quero ser catedrático (...)" (Jescheck, 169 s.).

Na sua tocante fragilidade, essa vivência do despertar de uma vocação é um fenômeno isolado entre as autobiografias. Nelas preponderam, em seu lugar, relatos de talentos notavelmente precoces, desempenhos superlativos e capacidade de juízo. Nem sempre os autores logram evitar a fronteira do autoelogio algo miúdo. Às vezes é um pouco fatigante constatar que notas obtidas em sabatinas de latim ou elogios pela atuação na orquestra da escola ainda servem para documentar o talento de professores universitários de renome internacional sessenta anos depois. Para o âmbito do "demasiado humano"[NT8] em catedráticos de Direito Penal evidentemente não valem critérios distintos dos de juízes e da vida em geral. Seria desnecessário reportar isso especialmente, não fosse a base de conteúdo dos méritos narrados tão extraordinariamente estreita e referida tão decididamente ao meio dos que querem ser *algo mais*, mas certamente não querem *ir além do chinelo*.[38-NT9] Não há um só aluno ruim,

---

NT8. Nota do Tradutor: Alusão ao título da obra homônima de Nietzsche "Humano, demasiado humano" (1886).

38. Esse *leitmotiv* sociopsicológico de uma cultura de vida pequeno-burguesa encontra-se nomeadamente também em amplos segmentos de membros do Poder Judiciário e advogados. Nada é considerado mais desprezível e tão rico em riscos do que o esforço *patente* de colocar-se acima dos "colegas". Ao mesmo tempo, porém, no *respectivo* foro interno [*forum internum*], quase todas as carreiras, excetuadas a própria, são consideradas imerecidas, casuais, guiadas pela sorte, por relações ou pela falta de juízo.

NT9. Nota do Tradutor: V. supra Nota do Tradutor sobre essa expressão NT4.

apenas um solitário aluno "medíocre"; nenhum circum-navegador presumido do mundo, nenhum capitão-de-indústria, tiranicida ou astro hollywoodiano, nenhum sonho com as fontes do Nilo. Ao invés disso, alguns desportistas, adeptos de longas caminhadas e fãs de óperas: mais extremos não se encontram nesse deserto de bons latinistas, que tocam piano, matemáticos sofrivelmente talentosos[39] e adolescentes filosofantes.

Em alguns dos autobiografados, a lista de interesses e estudos anteriores é longa e de impressionante profundidade: assim a memória afirma saber que já pouco depois de completarem vinte anos de idade, eles já conheciam o seu Goethe; e a indecisão de se tornarem dentistas, professores de geografia ou catedráticos de Direito Penal apoiava-se no amor às línguas antigas, à música clássica e à filosofia helênica, espantosamente difundido na retrospectiva autobiográfica. Infelizmente o leitor também não é poupado da descoberta de que professores de segundo grau tendem por sua própria essência a uma mentalidade exageradamente progressista[40] e da comparação do nível cultural dos atuais egressos do exame de conclusão do 2.° grau [*Abitur*] com o do jurisperito na sua juventude revela uma "desconcertante queda de nível".[41] No entanto, a maioria dos autores da coletânea não aprofunda os méritos dos seus anos de juventude.

Diante desse fundo causa espécie que quase nenhum dos autores tenha optado pelo estudo do Direito a partir de um interesse, pendor ou convicção originários. Apenas três dentre vinte e um declaram essa motivação. Um número igualmente grande diz expressamente que a Ciência Jurídica foi a segunda opção. A maioria preponderante optou pelo Direito, porque ele não definia a escolha profissional, porque estavam à procura de "algo seguro", porque outros interesses se afiguravam demasiado prenhes de riscos. Nessa medida,

39. Menciona-se também a esquisita equação "mau aluno em matemática = mau jurista" (Spendel 528), embora ela também seja contraditada (Lüderssen 535). O autor da presente contribuição viveu a prática dessa regra ao frequentar o curso de Günter Spendel sobre "Direito Penal – Parte Geral" no semestre de inverno de 1980/1981: o autor de uma resposta "errada" era perguntado pelo catedrático pela nota obtida em matemática no boletim do exame conclusivo do 2.° grau [*Abitur*]. Quando ela era inferior a "bom", isso ensejava ao jurisprudente uma oportunidade de divertir-se e divertir seu auditório com a recomendação enérgica de abandonar o estudo do Direito.

40. Lackner, 272. O termo "mentalidade progressista" está aqui, como quase sempre, entre aspas, que sugerem ao mesmo tempo conhecimento do critério de avaliação da parte do autor e a abjeção do desconhecimento desse critério por terceiros.

41. *Hirsch*, 130.

e contrariando queixas amiúde feitas por muitos professores universitários, inexiste uma diferença com relação à situação atual.

Outras motivações e experiências faltam quase integralmente nos autorretratos: experiências de derrotas, motivos de temor, vivências de fracassos.[42] Isso é psicologicamente compreensível e humanamente plausível, embora digno de nota diante da tarefa da auto-observação de jurisperitos. A tendência prossegue nas narrativas dos estudos universitários e das carreiras profissionais.

d)

Quase sempre os autorretratos poderiam sugerir que o tempo das aventuras e da abertura do projeto de vida já teriam terminado com o início dos estudos universitários, como se agora a correnteza impetuosa dos primeiros anos tivesse desembocado *finalmente* no estuário tranquilo da certeza, segurança, direcionalidade da vida. Isso pode ser devido um pouco à perspectiva de cavalheiros idosos [*Altherren-Perspektive*[NT10]], aqui adotada (por vezes com ênfase ligeiramente excessiva). Distinguir na narrativa autobiográfica entre a *coerência* da própria biografia e sua *avaliação* ou, dito de outra forma, vivenciar ou representar na retrospectiva decisões do passado como incertas, abertas, repletas de erros e mesmo casuais naquela medida, que com frequência caracterizou-as efetivamente no passado, é uma tarefa difícil e carente de um elevado grau de reflexão, pois o que no fim se afigura bem-logrado de modo nenhum precisa ter sido correto, sem alternativas, satisfatório. A vida ensina que quem procura representar a sua vida como se ela não tivesse sido também uma constante orientação e um esforço pertinaz em nadar na contracorrente dos próprios erros e inseguranças, quase nunca conseguirá convencer os próprios filhos e com certeza tampouco o resto do mundo. Essa tarefa difícil se torna ainda mais complicada quando o fascínio e empenho em descrever a *própria biografia* entram quase que forçosamente em contradição com a exigência de, por meio do relato de uma "vida em meio à ciência", apreender a própria ciência. Alguns dos autores não querem ou não podem mobilizar a medida aqui necessária de autorreflexão e distância; nos textos mais fracos isso provavelmente também foi subestimado ou incompreendido.

---

42. Exceção: *Lampe*, 309: fracasso da tentativa de se tornar pianista concertista.

NT10. Nota do Tradutor: Não encontrei equivalente para o termo alemão, literalmente 'perspectiva de velhos senhores'. Transcrevo um esclarecimento do próprio autor, transmitido em *e-mail* em 19 de dezembro: "estilo de homens mais idosos das camadas superiores da sociedade, caracterizado pela (alegada) jovialidade, apresentação 'charmosa', sobrestimação do fato alegado de (ainda) ser jovem etc. Traço distintivo: piadas constrangedoras com fundo sexista."

Abstração feita de exceções miraculosas, predomina nas autobiografias entre o primeiro semestre do curso de graduação e a conclusão do doutorado a travessia monótona do deserto do aprendizado e da penetração na matéria estudada, que deveria perturbar o leitor, na comparação com a sua própria vida, caso ele desconhecesse as regras da probabilidade psicológica e da plausibilidade referente ao mundo vivido [*lebensweltliche Plausibilität*].[NT11]

Os autores desvencilharam-se do estudo do Direito com suma presteza. Quase todos atribuem importância a esse fato.[43] Não fica bem claro, porém, a *mensagem* a ser extraída das narrativas dessas conclusões de estudos em voo rasante: aprecia-se criticar os estudantes da atualidade por uma orientação segundo o estudo rápido na base do vai-ou-racha, distante da ciência e dos ideais clássicos de formação da personalidade; ao mesmo tempo, aprecia-se criticá-los por uma extensão desmedida do estudo, devotada ao "sossego" (Arzt, 6). Deve-se recomendar, naturalmente, a combinação rara na vida real: brevidade extrema (dos estudos), insuperável intensidade e êxito grandioso. Nas autobiografias ela não é exceção, mas a regra. Tal fato provavelmente deve ser atribuído à seleção positiva, documentada pela carreira posterior dos autobiografados.

Muitos autores, mas não a maioria, trocaram ao menos mais de uma vez de universidade; só poucos estudaram durante algum tempo no exterior.[44] Um deles já foi convidado no segundo semestre de graduação (*sic*) a participar do seminário de doutorandos e inventou já antes do sexto semestre dos estudos especializados um conceito próprio de ação, situado entre os conceitos causal e final (Maihofer, 393). Quase todos se desvencilharam rapidamente

NT11. Nota do Tradutor: O autor emprega amiúde o termo "Lebenswelt" (literalmente: mundo da vida), não tanto como termo teórico de filosofia, mas mais no sentido definido pelo Grande Dicionário Duden da Língua Alemã, "entorno pessoal, mundo, no qual transcorre a vida de alguém". O sentido de "Lebenswelt" nessa acepção se aproxima do de "cotidiano", "cotidianeidade", "experiência do cotidiano". Como, no entanto, no uso de "Lebenswelt" na linguagem coloquial culta ainda ecoa a origem fenomenológica do termo (cf. sobretudo Husserl, *Die Krisis der europäischen Wissenschaften*, 1935), no qual "Lebenswelt" é usado no sentido de intersubjetividade, optei pela tradução do termo no sentido teórico, "mundo vivido", ainda não inteiramente dicionarizada no universo lusófono.

43. Oito indicaram o número dos semestres de estudos especializados (seis ou sete), cinco as notas obtidas no exame de Estado, três até a escalas da notas e o lugar obtido entre os outros estudantes. Mas alguns autores não se contentam nem com isso para apresentar de modo suficiente seu rendimento: enfatizam ainda a dificuldade dos exames, nos quais justamente eles se saíram bem (cf. e.g. 603).

44. Informativo e bem escrito: Arzt, 7 ss.; cf. também Eser, 81.

do curso de graduação e cumpriram, durante a formação prática no estágio [*Referendarausbildung*],[45] programas impressionantes de estudos e leituras, constituíram famílias, trabalharam como assistentes científicos, elaboraram teses de doutorado e adquiriram – na retrospectiva – uma visão de conjunto, praticamente abrangente, do estado da Ciência Penal.

e)

Como se trata de "Ciência Penal em autorrepresentações", os autores deveriam explicar o mais tardar aqui por que escolheram justamente o *Direito Penal* como profissão. O que foi tão importante, atraente ou realizador, para que eles se ocupassem por décadas a fio da *punição* de pessoas – em termos de mundo vivido um âmbito tendencialmente sombrio de exercício do poder, quase na fronteira do arbítrio violento ou do estado de exceção?[46] Qual foi a decisiva *motivação própria*? Decerto "também quero ser professor catedrático" é um plano de vida comovente e sempre honrado. Tomado em separado, ele, no entanto, não é deveras interessante: alguns querem ser isso, outros aquilo; histórias de êxito de carreiras no funcionalismo público situam-se decididamente na extremidade interior da escala de excitação literária.

A exigência do autoconvencimento crítico vale ainda mais para representantes da *dogmática* penalista do que para os representantes das ciências criminais empíricas: o que queremos pesquisar, se decidimos tornar-nos penalistas, e o que queremos ensinar depois de finalmente obtida a *venia legendi*?[NT12] Decerto não há como esperar um "programa de trabalho" diferenciado como o esboçado por *Naucke* (422 s.), que em última instância abrange a vida inteira. O leitor, porém, se decepciona um pouco ao constatar que mesmo depois dos autores terem vencido o obstáculo da livre-docência (19 de 21) ele ainda não descobriu o que afinal de contas a "*Ciência* Penal" é *do ponto de vista dos seus autores* e por que estes decidiram fazer dela a sua profissão. Teria o caminho para o Direito Penal sido um mero acaso, um cálculo de tática de carreira, a busca do sentido da vida, ou os autores se depararam com questões e interesses

45. Um estagiário dominou depois de seis meses todos os temas do Tribunal de Primeira Instância e respondeu durante o tempo restante "pela maior parte" de todas as obrigações *ex officio* da promotoria para seis tribunais de primeira instância, simultaneamente (Tröndle, 603).

46. Informativo é ao menos Arzt, 6 (nota de rodapé 6, *supra*): "No meu tempo de estudante de graduação, o Direito Penal não me interessou mais do que outras disciplinas."

NT12. Nota do Tradutor: O termo latino *venia legendi* (licença para ler, i. é, ensinar) designa a habilitação obtida com a aprovação da livre-docência, pré-requisito para a candidatura a uma cátedra.

fundamentais de conteúdo referentes a essa ciência, com a qual travaram relações? Um número surpreendentemente elevado de autores deixa esse ponto no escuro.

À pergunta pela sua própria motivação, a maioria dos *juízes* de causas criminais responde que se sentiu atraída pelo Direito Penal por causa da sua proximidade da (assim chamada) "vida real". Se considerarmos em perspectiva comparada outras imagens de profissões jurídicas e sobretudo não jurídicas, isso é na melhor das hipóteses uma parte pequena da verdade, de resto já desfigurada perspectivamente pelos efeitos de espelhamento do direito [*Spiegelungen des Rechts*[NT13]]. No caso dos *professores de Direito Penal* prepondera, na falta do acesso à concretude da vida real por razões já quase proverbiais,[47] a fundamentação com uma "proximidade de questões de princípio". Com isso quase sempre não se pensa em uma evidência de experiências de situações sociais limítrofes, vivenciadas com força de evidência, mas na abertura genérica de problemas em elevado grau normativos diante da filosofia e da Teoria do Estado, com relação às quais as fronteiras por vezes parecem diluir-se mais do que em outras áreas do Direito.

As fundamentações da coletânea quase sempre remanescem na superfície; em autobiografias teríamos esperado um olhar mais agudo, mais autocrítico, também mais corajoso. De qualquer modo deveríamos, se descrevêssemos o Direito Penal como (nossa) profissão, incluir também a perspectiva pessoal sobre o *poder*,[48] decerto em duas dimensões: como reflexão sobre as condições da regulação social e como reflexão sobre a parcela de *violência* que nós mesmos buscamos, e pelas razões disso.[49]

NT13. Nota do Tradutor: O sentido dessa passagem foi esclarecido pelo próprio autor em e-mail de 20 de dezembro de 2014: "Com 'espelhamentos do direito' refiro-me no fundo às suas distorções. A passagem refere-se ao conhecimento da 'vida real' ou à opinião, que os juristas têm dela. Nesse sentido, o alto conceito, no qual os juristas se têm quanto ao conhecimento da vida real, não é pertinente, uma vez que descreve apenas o seu papel no sistema jurídico. Em segundo lugar, esse papel, por sua vez, é construído, quer dizer, 'espelhado', por (e depois de) ter passado pelos filtros normativos de conhecimento e linguagem do próprio direito."

47. Interminável é o rol das piadas sobre a "criminalidade dos manuais", distante da alegada realidade.

48. No sentido amplo, funcional, de Luhmann: poder e violência física (cf. Luhmann. *Macht*. 2. ed. 1988, p. 60 ss.). Diferentemente e.g. a perspectiva de Maiwald, *Recht und Macht*, in: JZ 2003, 1073 ss., que não é sociológica, mas puramente normativa.

49. Cf. Puppe. *Gespräch in einem Wartezimmer über die Macht und die Wissenschaft*, in: Festschrift für E.A. Wolff, 1998, p. 417, 424: "*Galilei*: Vocês acham que os astrôno-

"A culpa sempre está isenta de dúvidas", explica o oficial em "A colônia penal" de *Kafka* ao cientista itinerante. E sobre o texto da lei, que se apodera do corpo do sujeitado, ele diz: "Não é fácil decifrar a escrita com os olhos; mas o nosso homem decifra-a com suas chagas."[50] Enquanto representantes da Ciência Penal, deveríamos ter uma opinião a esse respeito. Como a maioria dos *cientistas itinerantes* não a informa na coletânea dos seus autorretratos, o *objeto* acaba remanescendo estranhamente distante e estranho.[51]

4. ALUNOS, MESTRES, CATEDRÁTICOS

a)

O que penalistas aprendem dos seus professores? Tal pergunta deveria ser respondida nas autorrepresentações de cientistas, que se compreendem como discípulos de alguém e se tornam, eles mesmos, professores. Na retrospectiva sobre a própria atividade docente deveria ser respondida também a pergunta pelo que eles ensinaram ou tentaram ensinar aos seus próprios discípulos. Nesse sentido a "Ciência Penal em autorrepresentações" quase sempre decepciona:[52] os professores dos autores são "caros", "venerados", "gratamente venerados" ou "admirados". Mas por quê?[53] Ficamos sabendo de muitas coisas interessantes, também impressionantes, sobre abertura, correção, atitude fidalga, espírito de luta, otimismo[54] e modéstia da geração anterior dos professores.[55] Mas os

---

mos do Vaticano não tinham um binóculo? (...) Encontraram uma explicação para tudo, à medida que tornavam o sistema cada vez mais complicado."

50. "Os carrascos formavam um grupo e conversavam, e Damiens lhes disse que não blasfemassem, mas fizessem o seu trabalho, ele não pensaria mal deles" (Michel Foucault. *Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses*. 1975/1989, p. 11).

51. De resto admira que o jurista Kafka não aparece em nenhuma das 21 autobiografias, apesar dos pendores literários descritos: ausentes *A colônia penal*, Processo, *O Castelo*, *O médico rural*. Será que foi possível refletir na adolescência sobre *culpa* e *castigo*, violência e estigma, poder e direito, sem perder a tranqüilidade?

52. Diferentemente e.g. Ulrich Weber (647 s.).

53. Lüderssen relata que teria ficado decepcionado com a referência de Helmut Coing num parecer (positivo): "O Sr. L. (...) não é meu aluno." De resto, a relação com os professores não é desprovida de ambivalência. Provavelmente nenhum dos autores acredita ter feito *menos* do que seus mestres.

54. Bonita a narrativa, na qual Ulrich Weber (647) descreve o espírito de iniciativa de Jürgen Baumann.

55. Mesmo de ex-nazistas fanáticos foi novamente possível aprender "muita coisa para o trabalho científico" em 1953 (Hirsch, 133, sobre Wolfgang Siebert [1905-1959], ex-

restantes 60 milhões de alemães talvez tenham aprendido a (nova) modéstia igualmente bem com Ludwig Erhard, correção com Uwe Seeler e otimismo com Inge Meysel.[NT14] Deve haver mais na relação rememorada entre um mentor científico e seus alunos.

A terminologia situa a relação dos alunos na proximidade da *relação dos discípulos com seu mestre* [*Jüngerschaft*], como se o jovem monge mirasse o velho mestre.[56] Nesse caso talvez estivesse em pauta uma atitude, a experiência do ciclo da vida, da impassibilidade resultante da longa observação do mundo. Mas isso tudo só tem uma relação marginal com a ciência; não pode ser a sua "autorrepresentação". No entanto, são frequentes os relatos impressionantes sobre o quanto determinadas posturas de trabalho e estilos argumentativos dos professores – que na sua maioria eram também empregadores, chefes, examinadores, quer dizer, determinavam as chances de vida dos alunos ainda na idade adulta avançada dos mesmos – também influíram nas próprias atitudes e modos de trabalho (cf. e.g. Weber, 647 s.).

b)

Os orientadores de doutorado e nomeadamente também de livre-docência deixaram a maioria dos autores "à vontade";[57] só poucos relatam que esforços

-catedrático de Direito Civil de Kiel [1935]) e ex-catedrático de Direito Civil da Universidade de Berlim [1938], oficial no grau *Bannführer* [correspondente ao grau de coronel – NT] da Juventude Hitlerista, membro do partido nazista desde 1933, Vice-Diretor da Comissão de Direito dos Adolescentes na Academia de Direito Alemão, a partir de 1953 novamente catedrático em Göttingen e Heidelberg (cf. a seu respeito Haferkamp in Neue Deutsche Biographie [NDB], vol. 24, 2010, p. 325]). Conta-se que Siebert teria se empenhado em 1935 na jornada do "Grupo dos Professores de Ensino Superior do *Reich* na Federação Nacional socialista de Juristas Alemães" pela substituição do conceito legal de "ser humano" por um conceito definido em termos *étnicos* [*völkisch*], pois ele encobriria as diferenças entre os *Volksgenossen* [literalmente: companheiro definido por ser membro do povo alemão – NT] e os judeus (cf. a documentação comprobatória no artigo "Wolfgang Siebert" na Wikipedia).

NT14. Nota do Tradutor: Ludwig Erhard (1897-1977) foi responsável pela reforma monetária na Alemanha Ocidental em 1948 e é considerado o pai do "milagre econômico". Foi chanceler da República Federal da Alemanha de 1963 a 1966.
Uwe Seeler (* 1936) foi um dos maiores atacantes do futebol alemão.
Inge Meysel (1910-2004) foi uma atriz famosa e muito popular.

56. Estamos, portanto, diante de um caso muito mais complicado ainda: um velho mestre mira a si mesmo enquanto monge jovem a mirar um velho mestre. Aqui o sonho e a realidade ocasionalmente podem diluir-se em breguice [*Kitsch*].

57. Alguns provavelmente também foram simplesmente desinteressados (cf. e.g. Kaiser, 220).

inicialmente insuficientes teriam sido rejeitados, corrigidos ou melhorados pelos seus professores, (cf. e.g. Burgstaller, 47 s.; Lampe, 309 s.). Uma descrição digna de nota encontra-se em Hirsch: "Em princípio não se conversava sobre problemas, nos quais temporariamente me atolava. Welzel era um professor muito severo. (...) Quando precisava de alguma coisa, telefonava, não importava se no fim de semana ou nas primeiras horas da manhã. (...) Na retrospectiva, porém, lhe sou grato pela escola dura."[58] *O que* exatamente se deve aprender em uma *escola* dessa espécie, para nela vencer, remanesce inexplicado e – não apenas aqui – nada claro. Caso esses conteúdos sejam – e há ao menos alguns indícios nessa direção – sobretudo também a submissão, a prestação de serviços, a *devoção*, não se trataria de condições favoráveis para a profissão científica e existiria provavelmente o risco de que tais conteúdos favorecessem justamente personalidades, que têm uma relação problemática com a autoridade, autocrítica, empatia e autoestima. Nesse caso, carreiras científicas independentes e soberanas não seriam conquistadas *por causa*, mas *apesar* de uma tal "escola".

Ocasionalmente o leitor suspeita que um modo mais aberto de lidar com essa ambivalência seria bloqueado pelo temor de no fim perder os *próprios* direitos à correspondente devoção dos sucessores da próxima geração, conquistados a duras penas. Disso resulta o perigo da reprodução de um sistema filigranado de *superfície*, cujo esplendor e inevitabilidade estão em contradição com o insuspeito olhar de fora sobre as vestes do imperador. Mas como a falta de substância dos pilares de tal sistema é de conhecimento dos iniciados, a sua continuação sem palavras sempre tem um momento de autoflagelação, uma vez que a alegria pelo êxito é toldada duradouramente pelo temor da incapacidade. Hoje as lideranças no setor privado e políticos profissionais conhecem esses problemas com frequência e procuram contra-arrestá-los com *supervisão* e *coaching*. Na Ciência Jurídica bem como no Judiciário o salto sobre essas sombras somente se dá com dificuldade.

Das narrativas das carreiras profissionais dos professores catedráticos, interessantes sob muitos aspectos, resulta – também aqui – o quadro desconcertante de que os "alunos" todos revelam ser no mesmo instante, no qual eles terminologicamente aparecem como tais, como *mestres*, quando muito carentes de sugestões da parte de colegas, mas certamente não mais de ensinamentos ou de formação. Isso vale nomeadamente também devido ao fato de que já as

58. Hirsch, 137.

obras-primas,[NT15] sem cuja aceitação o ingresso no status terminológico do "aluno" nem é possível, i. é, as teses de livre-docência, por sua vez – ao menos na autoavaliação dos autores – revelaram ser de nível igual ao das obras-primas dos professores, chegando por fim até a superá-las. Segundo toda e qualquer experiência, o "aprendizado" inicia *antes* do tempo, no qual isso sucede. No entanto, ele também não pode ter consistido na correção de provas escritas, na organização de exames para estudantes dos primeiros semestres ou na correção (ou redação das notas de rodapé) das obras do respectivo mestre, na condição de assistente.

Alguns percorreram o mundo, falaram atentamente com as pessoas e observaram as diferenças da vida e das culturas jurídicas. Outros acumularam grandes massas de cultura, de modo que a sua autobiografia se lê como o catálogo comentado da biblioteca de um *studium generale furiosum*.[NT16] Alguns iniciaram a reflexão autocrítica e transcenderam-se e os outros no auge da concentração. E alguns conseguiram tudo isso ao mesmo tempo. A coletânea contém belos exemplos de cada um desses grupos. Todos merecem respeito, mesmo se em casos individuais a luz da memória talvez brilhe em tom excessivamente rosa. Mas a *ciência* – e ela nos importa aqui – não explica nada disso; a *sua* apresentação não pode ser inferida da autorrepresentação dos protagonistas. A ninguém ocorreria apresentar desse modo a oftalmologia, a física dos corpos sólidos ou a arqueologia.

c)

Em muitas contribuições, a *docência* passa a ocupar o segundo plano (diferentemente e.g. Roxin, 468 ss.). Na esteira da convenção linguística, não nos referimos aqui à geração de "alunos" no sentido supramencionado, mas à formação de estudantes de Direito da universidade. Ela quase sempre[59] é descrita apenas exteriormente, como sequência de atividades didáticas.

Em todas as faixas etárias aparece a opinião de que no passado não os professores, mas os alunos (quer dizer, os próprios autores) foram de um ou outro modo melhores (mais aplicados, talentosos, sérios, cultos, vocacionados).

NT15. Nota do Tradutor: Em alemão: *Meisterstück*. O termo remete à formação nas profissões artesanais da Europa pré-moderna, na qual o oficial [Geselle] apresentava à corporação o *Meisterstück* e recebia, quando aprovado, o título *mestre*, que lhe facultava abrir uma oficina e formar *aprendizes* e *oficiais*.

NT16. Nota do Tradutor: *Studium generale* designa na Alemanha as matérias destinada à formação humanística dos estudantes universitários, situadas além do currículo profissionalizante.

59. Exceções salientes e.g. Lüderssen, 366 s.; também Roxin, 468 s.

Como praticamente cada juiz pensa no momento da auto-observação que no fundo não conhece ninguém com semelhante capacidade soberana de dirigir uma sessão e quase cada defensor em causas penais pensa que a combinação de competência social e conhecimento técnico teria chegado ao ponto ótimo justamente na sua pessoa, não admira que dentre professores universitários também só se encontra raramente quem não tem suas próprias capacidades pedagógicas em alta estima.[60]

Quase nunca se tematiza que a *dissolução* da unidade de pesquisa e ensino, quase sempre descrita desse ou daquele modo pelos autores, no fundo também poderia refletir o início do fim da *Ciência* Jurídica, tal como ela se concebe aqui:[61] nem com boa vontade pode-se afirmar que a maioria dos acadêmicos de Direito aprende uma *ciência*. Conforme se fica sabendo em conversas, mesmo professores universitários têm cada vez menos condições de verificar qual espécie de ciência poderia ser a disciplina, que – num brete estreito de provas escritas, apresentações, cursos de recapitulação, apostilas, instruções breves e suas avaliações – encaminha a massa dos estudantes de Direito em nove ou dez semestres à madureza para o exame.[62]

---

60. A denominação "begnadeter Lehrer" ["professor dotado"; literalmente, "professor agraciado"] pode ser típica do gênero *Festschrift* e certamente é pertinente em alguns dos autores, mas deveria ser empregada de vez em quando de modo mais crítico: como o estado dessa graça [Gnade] por definição se manifesta sem nenhuma formação, unicamente mercê do talento e da *vontade*, é improvável que todos o alcancem antes de serem jubilados como professores eméritos.

61. Sobre o significado programático dessa unidade para o conceito de Ciência Jurídica no início do séc. XIX cf. Kiesow, JZ 2010, 585, 587.

62. Na *Festschrift für Rainer Hamm*, 2008, o autor do presente trabalho afirmara que para a *prática jurídica* os manuais de Direito Penal teriam pouca importância, pois já os estudantes universitários prefeririam ler 'apostilas' e os juízes, promotores públicos e defensores não leriam manuais, "pois – alegadamente ou de fato – não têm tempo" (p. 63, 66). Isso seria – nas palavras iradas dardejadas do alto da montanha acadêmica pelo doutrinador penalista Kristian Kühl, "a polêmica sem fundamento e pretensiosa de um comentarista da esfera prática" (Kühl, in: Festschrift für Volker Krey, 2010, p. 269, 273), e a opinião, segundo a qual a Ciência Penal deveria enfrentar a constatação de que partes consideráveis da sua dogmática "*são consideradas* um *spectaculum* [em latim no original – NT] supérfluo" (Fischer, loc. cit. p. 81) fora da sua estrutura interna, até seria "*ainda* [!] *mais pretensiosa*" (loc. cit. p. 274, nota de rodapé 6). Espanta que Kühl tenha feito a sua investida no grau comparativo justamente na *Festschrift* em homenagem a Krey, pois o homenageado se pronunciara pouco antes sob o título *Die Liebe der Strafrechtler zum Glasperlenspiel* [O amor dos penalistas ao jogo de contas de vidro – 'jogo de contas de vidro' alude ao romance homônimo de Hermann

A parábola mais cruel sobre a formação dos juristas encontra-se num esboço de Klaus Eschen:[63] a formação de juristas seria comparável ao adestramento de pulgas. Coloca-se os animais numa caixa tampada com vidro. Quando as pulgas tentam saltar, batem no teto. Com o tempo elas aprendem a pular menos alto, mesmo com a tampa retirada. Repete-se o processo com tampas progressivamente rebaixadas, até que as pulgas apenas rastejam: "Quando elas tiverem aprendido a deslocar-se apenas rastejando, a sua formação para o circo de pulgas estará concluída. Com referência aos juristas, essa data coincide aproximadamente com o segundo exame de Estado."[NT17-64]

Não precisamos ver isso nessa ótica deprimente para compartilhar a opinião de que de longe a maior parte do estudo do Direito de qualquer modo

---

Hesse (NT)] de modo bem semelhante ao "comentarista" (Krey/Nuys, in: Festschrift für Knut Amelung, 2009, p. 203): os representantes da dogmática penalista teriam um pendor para a "ocupação autofinalista, vã com conceitos sem referência à realidade". Um exemplo disso seria a teoria do "autor por trás do autor": "Se a superfluidade desse produto artificial tem qualquer influência no seu abandono, é discutível diante do amor dos penalistas ao jogo de contas de vidro" (ibid. p. 223).- No entanto, podemos supor que os "comentaristas da esfera da práxis" são o verdadeiro alvo do azedume de Kühl: são denunciados também onde a denominação estranha sugere ter um sentido ligado ao próprio objeto em pauta: a redação de comentários sobre Direito Penal "disporia hoje", nas palavras do douto autor, "de um *arsenal de práticos do Direito Penal – ao que parece com capacidades ociosas no exercício da sua profissão*" (loc. cit. p. 278). Por outro lado, externa a seguinte meditação: "A qualidade de 'comentarista' não contém mais automaticamente um selo de qualidade" (Festschrift für Günter Jakobs, 2007, p. 293) e chega mesmo a formular a premente "pergunta, se a qualidade das contribuições às *Festschriften* pode ser mantida".- Enquanto especulamos sobre o nível, até o qual crítica ainda pode baixar, descobrimos, porém, que o crítico também não recua diante da suspeita autotorturante: "Poder-se-ia verificar que *Festschriften* (...) circulam em ampla medida [apenas – NT] no círculo dos colegas" (Kühl, in: Festschrift für Karl Heinz Gössel. 2002, p. 191).

63. Um assim chamado "advogado esquerdista", filho de Fritz Eschen, fotógrafo berlinense de origem judaica, em 1969 cofundador do "Coletivo de Advogados Socialistas", mais tarde admitido com dificuldades como tabelião, de 1992 a 2000 juiz do Tribunal Constitucional do Estado de Berlim.

NT17. Nota do Tradutor: Concluído o curso de graduação em Direito, o estudante apresenta-se para o assim chamado 1.° Exame de Estado, destinado a avaliar a sua competência científica. Depois trabalha como estagiário [Referendar] em órgãos públicos e/ou escritórios de advocacia, para adquirir experiência como operador do Direito. Findo o estágio, ele se submete ao 2.° Exame de Estado, estando assim apto a exercer a profissão.

64. Eschen. *Vor den Schranken*, in: Kursbuch n. 40 (1975), p. 103, 104.

não consiste em aprender métodos, que se possam denominar científicos, para solucionar problemas e desenvolver e testar hipóteses ou para aplicar com autonomia tais métodos: o que se ensina como "metódica da solução do caso" decerto não pode reivindicar a pretensão de cientificidade. Os *métodos da interpretação* de textos jurídicos, que juristas, quando mais tarde questionados sobre o teor "científico" da sua formação, quase sempre mencionam (ou podem mencionar) como única deixa, restringem-se quase sempre a um processamento bastante superficial-esquemático de "teor literal, sentido e finalidade".[65] Ensina-se a "arte da interpretação", com a ajuda da qual se arranca dos sistemas conceituais o que de início se depositou neles. A *ciência* é praticada nas disciplinas propedêuticas ou acessórias: História do Direito, Sociologia do Direito, Filosofia do Direito[66] – quer dizer, em disciplinas, que praticamente não são frequentadas por ninguém, cuja "relevância para o exame" tende ao zero e cuja "liquidação" [*Erledigung*] é urgentemente recomendada aos estudantes dos primeiros semestres; o resto do estudo "avançado" é então dedicado à "relevância com relação ao exame" e ao treinamento da *solução do caso*.[67]

---

65. A "interpretação" não é compreendida ou ensinada como ciência *da linguagem*; a Germanística ou a Lingüística não são consideradas disciplinas fundamentais necessárias. No caso extremo da emergência argumentativa, recorre-se ao Dicionário de Grimm [Dicionário histórico da língua alemã desde o séc. XVI, iniciado pelos irmãos Jakob Wilhelm Grimm em 1838 e concluído em 1961. Uma versão digitalizada em CD-ROM está disponível desde 2004. (NT)]

66. Ela está representada de modo reforçado na coletânea, bem como genericamente na Ciência Penal, em interesses individuais especiais e múltiplas qualificações. Da perspectiva leiga, no entanto, tem-se de vez em quando a impressão de que na Filosofia do Direito (Penal) – ao menos na disciplina ensinada aos estudantes universitários – quase sempre se 'cozinha com água' [o sentido da expressão idiomática é 'não se fazem milagres'] e além disso sempre os mesmos pratos. A filosofia do direito parece estar relativamente distante das discussões dos especialistas. Isso é, porém, matéria controvertida (cf. a esse respeito Roxin, in Festschrift für Wilfrid Küper [2007], p. 489 ss.; Zaczyk, in Festschrift für Manfred Maiwald [2010], p. 885 ss.), e exceções existem, como sempre, em todos os lugares (a título de exemplo e sem destaques individuais: cf. e.g. as contribuições coligidas sob a rubrica "Fundamentos" in: Herzog/Neumann [edd.]. Festschrift für Wilfried Hassemer, 2010).

67. O autor do presente trabalho lembra-se de um 'Seminário do Curso Fundamental sobre História do Direito Alemão', cursado no 1.º semestre de estudos especializados (1980-1981) sob a direção de Friedrich Merzbacher na Universidade de Würzburg. Cada um dos aprox. 250 participantes teve de redigir um trabalho de no máximo 10 laudas datilografadas e apresentá-lo parcialmente em ordem alfabética até o fim do semestre, sendo que o tempo máximo concedido para as apresentações orais era de 8 minutos; não foram feitas perguntas, nem houve discussão. Para a sua felicidade,

Difícil no estudo do Direito não é propriamente a memorização dos traços distintivos de um documento ou das "teorias" para a sua "fundamentação",[68] examinado nas provas escritas e nos exames, mas o aprendizado intuitivo dessa mescla inimitável de "fidelidade à lei, política jurídica, experiência própria e alheia, opinião pessoal, natureza da coisa, fundamentações tradicionais, linguagem e decisionismo",[69] que ainda indumenta os ombros frágeis dos acadêmicos precoces do segundo semestre de graduação como uma fantasia sobredimensionada e mais tarde se afigura a sua verdadeira identidade aos recém-egressos do 2.º Exame de Estado. Cientistas perguntam como o mundo *é*; juristas, se lhe *é lícito ser* assim.

Ensina-se a dogmática jurídica; por isso o estudo de direito é, quando bem-sucedido, uma transmissão de conhecimentos jurídicos [*Rechtskunde*] e técnica de aplicação do direito, quer dizer uma técnica [*Kunstlehre*].[70] Só diante desse fundo é compreensível que a maioria dos doutrinadores penalistas representados na coletânea praticamente não se detém na relação entre a sua *ciência* e os *resultados* da sua teoria, embora devesse haver motivos para preocupação do ponto de vista de cientistas. Doutrinadores penalistas evidentemente não apreciam ouvir isso; mas não há nenhuma condescendência na constatação de que os cursos expositivos de Direito Penal – Parte Geral passam regular – e *necessariamente* – ao largo da maioria dos estudantes de primeiro e segundo semestre como as notícias de um mundo estranho: quase nada pode alterar esse quadro, não importando se o professor é bem dotado ou divertido.[71] Uma

---

todos os participantes foram aprovados com notas muito altas. Com isso estava liquidada a formação nas disciplinas científicas propedêuticas.

68. O nível de exigências e os volumes de matérias a serem aprendidas nos currículos de informáticos, médicos ou engenheiros em regra ultrapassam em muito o nível das exigências no estudo do Direito. A autoconfiança de juristas já na fase de formação provavelmente decorre muito menos de uma compreensão científica do mundo do que da alegria diante da aquisição (de início sem compromissos) de um *conhecimento funcional para a dominação*, pois a partir do segundo semestre de graduação eles conhecem às respostas às perguntas centrais da vida, como 'O que K pode exigir de V? E como T deve ser punido?'

69. Naucke. *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*. 1972, p. 46 (aqui citado ap. Lüderssen, 353).

70. Kiesow, in: JZ 2010, p. 585, 591: "Dogmática Jurídica é uma disciplina especializada ensinada na universidade, que pode ser trabalhada artisticamente, assim como se pode trabalhar de modo artístico em alvenaria, na cozinha ou na dança." Um exemplo mais pertinente talvez fosse a cirurgia cerebral.

71. Cf. também Arzt, 6 (nota de rodapé 6): "Lembro-me da Parte Geral, ministrada pelo Prof. Schmidhäuser, como estranhamente alheia à realidade. O Prof. Horst Schröder

ideia substancialmente esquisita da dogmática juspenalista, devida à noção de sistema dedutivo, oriunda do século XIX, afirma que a parte *mais importante* do Direito Penal, a saber, as "teorias gerais" extremamente ramificadas, complicadas, deveria ser estudada no "Curso Básico I", quer dizer, *bem no início* do curso de graduação. Ela joga uma luz turva sobre o caráter científico da disciplina; coisas semelhantes provavelmente só poderiam ocorrer na discussão de matérias *de fé*. Para três quartos dos estudantes de Direito Penal do décimo semestre de graduação o conceito da "teoria do bem jurídico" – em todo o caso uma das tentativas mais importantes[72] de legitimação teórica da violência juspenalista – praticamente não é mais do que uma vaga lembrança; e a afirmação, que se lhes pode arrancar com alguma sorte no exame oral, de que essa teoria seria – como todas as outras – "controvertida", de modo nenhum os deixa intranquilos acerca das razões, da motivação, legitimidade ou dos efeitos da punição, assim como visivelmente não coloca em risco a sua oportunidade de logo mais se tornarem juízes ou promotores de justiça.[73]

---

apresentou a Parte Especial sucintamente. As suas discussões de casos eram sui generis, quando se tratava de *nos mostrar com uma forte pitada de ironia os nossos erros*" (destacado pelo autor).

72. Nem que seja apenas na sua *pretensão* diante das "teorias da unificação", de finalmente mostrar *força crítica na prática*. De qualquer modo, uma substituição do "dogma do bem jurídico" por um conceito livremente (!) fundamentado de proporcionalidade (provavelmente: de uma relação proporcional entre os ônus e garantias) provavelmente não justificaria essa pretensão.

73. Fezer (HRRS 2010, p. 281, 283) opina que enquanto a jurisdição (nomeadamente do Superior Tribunal Federal/BGH) "silencia" sobre opiniões contrárias e está inteiramente desprovido de substância no tocante ao teor argumentativo, os estudantes seriam "ensinados acerca da necessidade de tratar de forma metódica uma situação jurídica controvertida e de como fazer isso". Isso o autor teria "ridicularizado" (ao mencionar em uma nota de rodapé na Festschrift für Rainer Hamm. 2008, p. 63, 66, o horrível hábito universitário de inflar cada proposta de solução de um problema jurídico em uma suposta "teoria", o que levaria os estudantes não ao pensamento crítico, mas à reprodução acrítica). Tal indignação revela o grau de preconceito, com a qual mesmo a crítica prudente é registrada e avaliada. Observações críticas da alegada "parte contrária" são desqualificadas como intromissão ignorante; a *mesma* crítica de membros (reconhecidos) do próprio "campo" é aplaudida como prova de perspicácia e lucidez. Enquanto a "capacidade crítica", que se aprecia fomentar, referir-se apenas a posições *alheias*, mas não a posições *próprias*, será de pouca serventia. – Sobre a observação citada: a observação crítica sobre o hábito de declarar "teoria" toda e qualquer proposta de solução encontra-se igualmente em Roxin; e como perita com referência ao nível médio dos resultados da docência citemos como um exemplo dentre muitos a doutrinadora penalista Ingeborg

d)

Faz-se mister mencionar o capítulo "1968", a fase da modernização institucional, ampliação da mobilidade social, abertura cultural, na coletânea quase sempre denominada "distúrbios estudantis" [*Studentenunruhen*] – em duas palavras, a fase de uma pergunta dolorosa, formulada com atraso de vinte anos, pelos fundamentos legitimadores da República Federal da Alemanha e de uma adaptação às formas de convívio social, oriundas da década de 1930, às exigências do mundo moderno (de produção), paradigmaticamente radicalizada no mundo vivido da juventude burguesa dos últimos anos do ciclo secundário e das universidades, concretamente também ligada ao rigorismo moral,[74] à prenhez de significado, própria da puberdade, e ao extremismo infectável por ideologias.

Os autores da coletânea não pertencem à geração "de 1968" e não podem relatar nada a partir da perspectiva interna dessa geração; ninguém se sentiu próximo dessa geração, no tocante aos seus conteúdos. Dois ou três manifestam uma cautelosa simpatia (inicial), ao menos compreensão diante dos interesses do movimento (Lüderssen, 365; Naucke, 430; Stratenwerth, 560). A metade dos outros a menciona como um acontecimento insignificante para a própria biografia; alguns descrevem a sua repulsa contra formas não democráticas de protesto e violência contra minorias. Em contradição flagrante com o empenho pela marginalização está o fato de que em não poucos relatos ainda ressoa, espantosamente depois de quarenta anos, o *sentimento de ofensa* pessoal do autor diante dos coros falados, dos bloqueios de aulas e das eventuais palavras de ordem de "desmascaramento".[75]

Puppe, que descreveu a situação do ensino profissionalizante sob os aplausos da comunidade dos juspenalistas alemães: "A experiência dos exames, provas escritas e seminários [ensina] que os estudantes praticamente não adquirem a capacidade de discutir conscienciosa e honestamente posições contrárias" (ap. Gropengießer, in: Eser/Hassemer/Burkhardt [edd.]. Die Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. 2000, p. 228).
Cf. também infra nota de rodapé 102.

74. No entanto, a moral dos que desesperaram diante do silêncio e das mentiras dos mais velhos sobre os crimes alemães de genocídio e diante da Guerra do Vietname, não é ridicularizada retroativamente pelo fato de alguns deles pouco mais tarde terem venerado o grande líder Enver Hoxha e alguns desgarrados terem até acreditado na volta do fascismo à Alemanha.

75. Com especial ênfase Hirsch (140 s.), que se deparou com o ocaso do Ocidente na diabólica figura de um reitor de cabelos compridos, camisa vermelha e sandálias, sem livre-docência, que, dizem, realizou cursos "sobre Física e marxismo".

Isso provavelmente mostra a profundidade do choque e a sensação dolorosa causada pelas perguntas que essas provocações colocavam com vistas à certificação das próprias posições. Por outro lado, o deslocamento praticamente demonstrativo na direção da insignificância revela um empenho um pouco desagradável de não admitir nem na retrospectiva sobre décadas nenhuma dúvida acerca da *significância* dos próprios atos: enfatiza-se energicamente que não foram os "acontecimentos" de 1968 que levaram ou contribuíram à modernização do Direito Penal; muito pelo contrário, foi, não tão raramente, justamente aquela publicação, da qual o respectivo autor participou. Quem quiser apresentar as reformas do Direito Penal dos últimos 45 anos – com razão, isso não se discute – ao menos como parcialmente resultantes da própria obra, mas só informa sobre o movimento "de 1968" que ele teria "amainado depois de dois semestres", depois de (ou *porque*) a Faculdade de Direito teria provado ser um baluarte, sobrestima-se, reduz com isso a força persuasiva dos seus próprios argumentos e simplesmente mostra não ter compreendido certas coisas.[76]

Mais sério é o que segue: a geração de doutrinadores penalistas, que se apresenta na coletânea, defrontou-se, do pós-guerra até o início dos anos 60, passando pelos anos 50, *diretamente* com a falta de vontade e incapacidade da sociedade alemã ocidental depois de 1945 de tomar conhecimento dos e, muito mais ainda, "elaborar" os crimes da ditadura nazista. Não poucos integrantes da geração dos *seus* professores envolveram-se em grau maior ou menor na culpa do governo nazista – seja atiçando ou mesmo agindo, seja colaborando, seja desviando o

76. O assim chamado "ex-comuna" e posterior delinquente Fritz Teufel declarou com relação ao "atentado do pudim" planejado contra o vice-presidente dos EUA Humphrey de 02.04.1967, na época inflado pela imaginação fantasiosa da imprensa até a proximidade com o assassinato de Kennedy (plano de jogar "bombas" de farinha e pó de pudim em Humphrey): "Quisemos jogar napalm no vice-presidente Humphrey, pois os americanos estavam bombardeando o Vietname com pudim." A qualidade reveladora dessa frase, que visa o reflexo de correção, decerto não foi inferior a de uma citação clássica do humorista Karl Valentin. Ela não se torna pior pelo fato de Teufel mais tarde ter delinquido e ter sido condenado por roubo a um banco. Sobre a sua morte Willi Winkler escreveu no diário Süddeutsche Zeitung de 07.07.2010: "Felizmente, o Judiciário alemão nunca recuperou-se desse homem." O sentido *positivo* dessa afirmação infelizmente remanesce fora da retrospectiva autobiográfica dos representantes da Ciência Penal. – A própria Süddeutsche Zeitung forneceu uma bela peça, à guisa de conclusão, que teria alegrado Teufel: Constanze von Bullion, especialista em 1968, escreveu que Teufel teria migrado em meados dos anos 60 da província suábia para a metrópole Berlim, para tornar-se *escritor comunista* (SZ de 16 de julho de 2010). Com efeito ele declarara uma vez em ata perante o Tribunal Regional de Berlim que teria pensado em ser escritor *humorístico*.

olhar em silêncio. Depois dos breves surtos jusnaturalistas terem passado e dos breves prazos de vergonha terem escoado, não foram poucos os heróis do Direito Penal preventivo do regime totalitário que retornaram às universidades, agora na figura antes ridicularizada de "dogmáticos rigorosos" e construtores de pirâmides conceituais penalistas. Mais uma vez, "professores dotados" [*begnadete Lehrer*].[77-NT18] Se falamos das conquistas e dos méritos da geração *seguinte* dos doutrinadores, que aqui lançam um olhar retrospectivo, provavelmente é lícito perguntar também pela medida de interesse, coragem, dignidade e sinceridade, com a qual esta discutiu a sua relação científica e pessoal *depois de 1950* com a Ciência Penal *antes de 1945*, cujos representantes a orientaram no doutorado e na livre-docência. Ela não arriscou aqui nada além da irritação dos professores, da interrupção de um projeto de livre-docência, da falta de um convite para assumir uma cátedra ou do clima negativo na respectiva faculdade.

Nesse sentido, os (poucos) relatos encontráveis na coletânea primam por uma grande discrição: não ficamos sabendo de quase nada. Mesmo as relações de escritos selecionados, publicadas no fim das autobiografias, praticamente não contêm trabalhos sobre o tema, exceção feita nos casos de Jescheck, Roxin e Spendel, bem como artigos sobre a prescrição de assassinatos cometidos por nazistas (Lüderssen, Schreiber).[78] Isso não autoriza juízos genéricos e não é nenhum motivo de superioridade moral, mas pode, no panorama geral, dar uma pista genérica para a constatação de que a retrospectiva crítica sobre a responsabilidade e evolução da própria disciplina no início das carreiras profissionais da geração de juristas aqui representada não integrou os interesses principais:[79] não se perguntou muito nos anos 50 e no início dos anos 60, e

77. Joachim Vogel. *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*. 2004, p. 28 ss., distingue entre doutrinadores "não especialmente próximos ao nazismo" (entre os quais conta também Eduard Kern, Eduard Kohlrausch e Hans Welzel), que remaneceram nos seus cargos sem maiores interrupções, seguidores decididos do nazismo, que quase sempre foram convocados para assumir cátedras depois de algum tempo (Hans-Jürgen Bruns, Georg Dahm, Heinrich Henkel, Friedrich Schaffstein, Erich Schwinge), e um número muito reduzido de seguidores do nazismo, que não lograram isso (Johannes Nagler, Karl Siegert), e chega ao resultado vergonhoso: "Pode-se constatar para a Ciência Penal depois de 1945 uma continuidade pessoal acachapante" (ibid. p. 28).

NT18. Nota do Tradutor: Cf. a nota de rodapé 60, supra.

78. Não verifiquei se isso se deve a um acaso da seleção ou à inexistência de tais publicações.

79. A primeira (!) Jornada de Doutrinadores Penalistas, que se ocupou do tema, foi a realizada em 2003 em Passau. Cf. a esse respeito o relatório sobre a discussão, de

os reemergentes cavalheiros sensíveis nas faculdades de direito, que escreviam amáveis pareceres adicionais[NT19] e providenciavam segundas edições das suas obras publicadas *antes* de 1933, foram deixados polidamente em paz.[80]

Na universidade, nos altos escalões dos pesquisadores da justiça, a situação não diferiu da vida comum. Salta aos olhos que a *coragem leonina* não apenas do Judiciário, mas também da Ciência Penal alemã somente despertou por ocasião da elaboração da *segunda* ditadura alemã.[81] Um olhar autocrítico também

---

autoria de Julius, in: ZStW 115 (2003), p. 671, 695 ss., sobre as palestras de Vogel (ZStW 115 [2003], p 638) e Höpfel.

NT19. Nota do Tradutor: Literalmente: "segundos pareceres". Uma vez entregue à faculdade, a tese de doutorado é julgada em dois pareceres. O primeiro parecer é redigido pelo orientador, o segundo por um outro professor. Durante um prazo definido no regulamento do doutorado, a tese e os pareceres podem ser contestados. Transcorrido o prazo, realiza-se o exame oral cujo resultado é computado na fixação do conceito final atribuído ao doutorando.

80. Cf., porém, Jürgen Baumann, in: Horstmann/Litzinger (*supra*, nota de rodapé 33), p. 132: "(...) Há alguns colegas, que evito ostensivamente. A eles pertencem alguns catedráticos muito conhecidos, que e.g. na referida época colocaram a capacidade jurídica na dependência da condição de integrante uma raça. (...) Evito-os e não lhes dou a mão. (...) Quando vim a Tübingen, mostraram-me inicialmente um armário, que continha as provas. As provas eram os escritos, livros e artigos dos que no período nazista tinham tido um comportamento inqualificável aqui. Afinal de contas, ninguém foi posto para a rua. Ninguém." Exemplo:sobre a carreira do doutrinador penalista Erich Schwinge, de Marburg, cf. as fontes citadas em Detlef Garbe. *"In jedem Einzelfall... bis zur Todesstrafe. Der Militärstrafrichter Erich Schwinge. Ein deutsches Juristenleben*. 1989. Sobre os esforços em motivar os doutrinadores penalistas alemães para atividades (dogmáticas ou juspolíticas) com relação à elaboração penal dos crimes do nazismo, cf. Just-Dahlmann/Just. *Die Gehilfen. NS-Verbrechen und die Justiz nach 1945*. 1988, p. 160 ss., 191 ss. Sobre a prescrição inadvertida dos atos dos autores considerados "cúmplices" mediante atualização do § 50 al. 2 a F do Código Penal (§ 28 al. 2) cf. e.g. Greve. *Amnestierung von NS-Gehilfen – eine Panne?*, in: KJ 2000, 402 ss., com documentação comprobatória adicional. Documentação abrangente da discussão também em Joachim Vogel (*supra*, nota de rodapé 77), p. 28 ss.

81. Sobre isso também Dencker. *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Lehren aus der Justizgeschichte der Bundesrepublik*, in: KritV 1990, 299; Rogall. *Bewältigung von Systemkriminalität*, in: Roxin/Widmaier (edd.). Festgabe Bundesgerichtshof, vol. VI, 2000; p. 383 ss.; cf. também Roxin, in: Horstmann/Litzinger (*supra*, nota de rodapé 33, 293, 210 s.: "Dois pesos e duas medidas: há algo de correto. (...) Pessoas envolvidas não participam do tratamento da criminalidade da RDA. (...) O ajuizamento indulgente desses criminosos nazistas violentos também apresenta vínculos causais com a Guerra Fria. (...) Para poder rearmar rapidamente a Alemanha, evidentemente foi necessário recorrer às velhas estruturas ainda existentes (...)."

sobre esse fato teria alegrado o leitor das "autorepresentações" e talvez tivesse podido suavizar um pouco o desprezo barato de alguns autores pelos interesses da geração "de 1968", ao menos na retrospectiva.[82]

5. CIÊNCIAS

a) Na apresentação do seu trabalho científico os autores obedecem a concepções distintas: três autores (Lampe, 311 ss.; Lüderssen, 363 ss.; sobretudo Naucke, 423 ss.) apresentam concepções diferenciadas de pesquisa, seja como panorama retrospectivo da obra (Lampe), como narrativa da construção de um conhecimento (Lüderssen) ou plano de trabalho antecipado para a vida de catedrático (Naucke). Não poucos autores restringem-se a enumerações de posições profissionais, projetos e publicações relevantes para eles. Nesse sentido a coletânea oferece poucos pontos de referência para uma definição de conteúdo do que se deve considerar Ciência Penal. O grupo possivelmente maior de autores opta por um caminho "intermediário": não se efetua nem se pressupõe como conhecido um esclarecimento da concepção; o conteúdo exato da pesquisa e dos problemas trabalhados muitas vezes remanesce incerto. Mas quase sempre são mencionadas deixas, que permitem uma correlação com determinadas posições de conteúdo. Resumos críticos do próprio trabalho são feitos em casos isolados (cf. ao lado de Lampe, Lüderssen, Naucke sobretudo Arzt, 24 ss.).

b) À medida que a descrição da própria atividade profissional se refere à participação em trabalhos legislativos, seja como colaboradores do E 1962, seja como participantes do AE 1966[83-NT20] ou de projetos legislativos posteriores, trata-se, provavelmente também em conformidade com a autocompreensão da maioria dos autores não propriamente de "ciência", embora tais atividades em parte ainda sejam tratadas sob esse título (e.g. Roxin, 455, 461). A política criminal prática não é uma ciência, mesmo quando implementa descobertas científicas, formula exigências gerais com relação à sistemática ou formula

82. Não trataremos aqui dos riscos comparativamente reduzidos, diante dos quais o furor do movimento de 68 passou (*ingresso no funcionalismo público*), e dos notáveis exercícios de poesia autobiográfica, dessarte causados.

83. A autoria da idéia do AE é reivindicada por Werner Maihofer (Maihofer, 399; cf. também Roxin, 459); em contrapartida, Ulrich Weber atribuiu a "ignição inicial" a Jürgen Baumann (Weber, 647, nota de rodapé 7).

NT20. Nota do Tradutor: E 1962: Anteprojeto de Lei de Reforma do Código Penal, de 1962 AE 1966: Projeto alternativo para o Código Penal, de 1966.

normativamente estruturas dedutivas. Isso vale ainda mais para a atividade de funcionários dos ministérios na preparação de anteprojetos de leis (cf. 287 ss.).

c) Abstração feita dos autores supramencionados em a), chama genericamente a atenção a falta quase completa de relatos sobre *malogros* ou *derrotas* diante das exigências de problemas científicos. É verdade que o fracasso de ambições regularmente não está no primeiro plano em retrospectivas autobiográficas. Não obstante, será impossível esperar em biografias de *cientistas*, desde que suas disciplinas funcionem corretamente, uma cadeia ininterrupta de sucessos e descobertas exitosas. O progresso da ciência se caracteriza justamente também pelo fracasso de hipóteses, pela refutação por colegas do ramo, pelo aprendizado a partir de erros, pelo rigor metódico e pela disciplina contra si mesmo, pela obsolescência de posições conquistadas;[84] isso vale não menos para as ciências humanas do que para aquelas disciplinas, que correspondem a uma imagem "mais dura" de ciência natural. Na maioria das autorrepresentações não encontramos praticamente nada disso: da livre-docência até o jubilamento como professor emérito supera-se sem reveses uma barreira depois da outra, aceita-se qualquer desafio,[85] conquista-se um êxito científico após outro (exceção impressionante: Naucke; cf. infra, c) e cria-se sempre *algo duradouro*.[86] Da perspectiva imanente à ciência, tal resumo só pode ser explicado com dificuldade. Ele poderia assentar em mera autoestima exagerada;[87] mais provável é, no entanto, que ele resulte do *objeto* da atividade.

---

84. Max Weber. *Wissenschaft als Beruf*. 10ª ed. 1996, p. 15: "O trabalho científico está inserido no decurso do *progresso*. (...) Na ciência, cada um de nós sabe que o seu trabalho será obsoleto em 10, 20, 50 anos. Esse é o destino, esse é mesmo o *sentido* do trabalho da ciência (...)."

85. Exceção simpática e.g. em Stratenwerth (567): "Nunca me empenhei por contatos internacionais. O esforço de ficar mais ou menos ao par do desenvolvimento (...) em duas áreas de especialização me parecia suficientemente exigente."

86. Com uma autossuficiência, que pessoas mais jovens provavelmente não mais formulariam em termos tão inquebrantáveis, e.g. Hirsch (131): "Iniciei o estudo do Direito em Göttingen. (...) Meus adversários científicos da atualidade talvez lamentem essa decisão; eu mesmo nunca me arrependi dela."

87. Talvez também em medo? Kristian Kühl escreve sobre a cultura da colegialidade: "Ninguém aprecia 'recuos', mesmo se estes são aplaudidos pelo público (...), pois na 'mania de querer ficar com a palavra final' no Direito Penal esconde-se também uma boa porção de malícia" (Festschrift für Wilfried Küper 2007, p. 289). Otto Lagodny (*Rechtswissenschaft als "Kampfsport"*, in: Festschrift für Volkmar Mehle, 2009, p. 339, 345) também fala de "esporte de combate": "Muitas vezes a nossa ciência carece de uma pitada de humildade no sentido originário, para impedir ou ao menos reduzir a dimensão desleal."

Na sua expressão mais generalizada, a ciência é a busca metódica do conhecimento da verdade. Não importa em quais fundamentos teóricos, o conceito não pode ser empregado aquém das exigências da racionalidade. Por isso, a ciência não é a *intuição* da qualidade material de verdade inerente às coisas e relações do mundo, mas a produção de um consenso comunicativo sobre a realidade. A pesquisa científica é uma sistemática verificação de hipóteses, intersubjetivamente repetível [*nachvollziehbar*] e organizada segundo padrões e regras de comunicação, com base em ensaios metódicos de falsificação na realidade. Inexiste uma ciência do *correto*; existe tão somente uma ciência dos *conceitos* e da *validade* do correto. Provavelmente por esse motivo a teoria sistêmica produziu uma confusão tão profunda na dogmática jurídica e se lhe afigura até os dias atuais como monstrengo da demência maníaca: uma abstração matematicamente inclemente de processos de normatização, que por definição se recusa a estatuir normatizações próprias, deve remanescer alheia à dogmática jurídica já no seu enfoque liminar.[88] Assim a pior danação, que um representante da dogmática jurídica pode pronunciar contra a teoria sistêmica, de que esta não chega a juízos *axiológicos*, é para a teoria sistêmica uma mera obviedade, pois ela não conhece mais de valores do que um esquema de construções abstratas e um conceito, que por sua vez se volatiliza em *contingência* no instante, no qual ela procura dizer seu *verdadeiro* nome. Por essa razão a tentativa de "aplicar" a teoria sistêmica às *reais* necessidades do sistema jurídico conduz a abstrações vazias de conteúdos ou a *afirmações* do poder prenhes de conteúdos.[89]

d) Um caminho especial, também na forma literária, é trilhado pelas autobiografias de Lampe, Lüderssen e Naucke. De três perspectivas distintas, cada qual fascinante, instigante e elucidativa à sua maneira, elas descrevem tentativas de compreender a jurisprudência como *Ciência* Jurídica e desenvolver a dogmática jurídica ou como consequência da pesquisa científica ou testá-la criticamente com base nos seus resultados. Tal visão já foi minoritária no início do séc. XX e continuou sendo minoritária até os dias atuais: já Eugen Ehrlich escrevera em 1913 que "a Sociologia do Direito (...) [é] a única ciência possível do Direito".[90]

88. Sobre isso v. também Lüderssen. *"Systemtheorie" und Wirtschaftsstrafrecht*, in: Festschrift für Knut Amelung, 2009, p. 67 ss.

89. Pertinente a referência de Hirsch, 147 s.; cf. também Naucke, 439 s.

90. Eugen Ehrlich. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. 1913, 3. ed. 1967, p. 198. Posição decididamente diversa é sustentada e.g. por Schünemann. *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, in: Festschrift für Claus Roxin, 2001, p. 1 ss.

Lampe (311 ss.) esboça um modelo científico integral extremamente ambicioso, impressionante em sua profundidade, da pesquisa sobre o surgimento de um Direito (Penal) "historicamente" compreendido por meio da integração de fatores biológicos (neurológicos), psicológicos, sociológicos e normativos.[91] Um posicionamento adequado é impossível aqui. Bem superficialmente podemos anotar o seguinte: a tentativa de verificar uma hipótese acerca da "homologia entre a evolução biótica e a evolução jurídica" (cf. Lampe, 336 ss.) assemelha-se à empreitada de pesquisar de modo válido o teor de memória do cérebro humano, empregando ao mesmo tempo os recursos de todas as ciências afetadas, para sobre esse fundamento poder formular prognósticos sobre a vivência e ação futuras do indivíduo. Isso parece – e é – *ficção científica*: tal ambição está liminarmente condenada ao fracasso – o que não significa que *o caminho* não possa ser *o destino*, caso tenha como fundamento uma concepção racional da integração de facticidade e normatividade. Irracional seria e.g. a ideia de que deveríamos, para atingir isso, ligar as *palavras* de todos os idiomas do planeta entre si e com todos os significados em uma *representação visual* [*Abbildung*] de validade normativa, podendo, assim, derivar inferências – normativas – com elevado grau de correção empírica. Lampe evidentemente sabe disso. Justamente por isso seu enfoque é radical, mas pressupõe um alto limiar de decepção. Uma "neurologia da proteção juspenalista de bens jurídicos" não será escrita num futuro humanamente imaginável.

Lüderssen também descreve um engajamento científico de várias décadas em prol de uma integração de fontes empíricas e normativas (366 ss.), que abrange desde um enfoque sociológico-psicanalítico[92] até fundamentações nos termos da teoria da democracia do período mais recente, passando por concepções de filosofia do direito, teoria da literatura e criminologia. Com isso ele extrai as consequências necessárias, sérias, não apenas reduzidas à terminologia, do fato de que as normas, mais ainda as "normas corretas" já não podem ser derivadas dos fatos pela simples razão do conhecimento destes por sua vez ser definido liminarmente por normas[93]. A pesquisa da "relação de mistura"

91. Um exemplo disso parece-me ser a seção "Strafbegriff und Strafbegründung" [Conceito e fundamentação da pena], in: Lampe. *Strafphilosophie*. 1999, p. 21 ss. Discussões numerosas, parcialmente interessantes, estão documentadas em Dieter Dölling (ed.). Festschrift für Ernst-Joachim Lampe. 2003, Parte I: Grundlagen des Rechts [Fundamentos do Direito].

92. Não da vigência do Direito Penal, mas do comportamento desviante.

93. A discussão extravasante sobre as barreiras neuronais da liberdade de arbítrio e da responsabilidade (penal) também apresenta, ao lado de outras debilidades (cf. a esse

(Lüderssen, 372) é o *cerne* científico da Ciência Penal. A dogmática não necessariamente precisa descolar-se dele, embora o faça em medida deplorável.

Por fim, impressiona também a descrição de um programa de conhecimento e pesquisa precocemente formulado por Naucke (415, 425 ss.), cuja decepção por não ter atingido alguns objetivos, devido ao amplo espectro, no qual ele chegou a detalhamentos substanciais das *perguntas* científicas, e da sua exemplar abertura científica quase chega a surpreender dolorosamente. Chamemos a atenção ao fato de que Naucke é o único autor da coletânea a tematizar também os problemas da *materialização* específica de fundamentações de penas desde os anos 70 do séc. XX, que na sua opinião degradaram o Direito Penal em "parte da indústria preventiva" e abandonaram a pretensão (científica) de um conceito "verdadeiro" de justiça (Naucke, 439).

e) O destaque dado aos três autores mencionados não implica nenhuma diminuição dos outros autores. Um grande número deles oferece panoramas de obras impressionantes de uma biografia científica. No entanto, esse não é o lugar para comparar ou mesmo avaliar os feitos dos autores na área da *dogmática jurídica* ou de *organização* do trabalho científico. Sem dúvida na geração aqui representada de doutrinadores penalistas foram realizados trabalhos sistemáticos e dogmáticos importantes, testemunhados pelas bibliografias seletivas. Como feitos no campo da *política* criminal devemos destacar nomeadamente a reforma do sistema de sanções e execuções, bem como a substituição da velha concepção de "moralidade" por uma perseguição penal orientada segundo o conceito dos bens jurídicos no campo dos delitos sexuais e da perturbação da ordem pública. Nem todos os representados na coletânea saudaram em seu tempo essas transformações; alguns até pertenceram mais ao campo dos seus adversários. Mas todos têm a sua participação nelas, cada um à sua maneira.

Na medida em que autores individuais resumem sinoticamente não apenas a sua própria obra, mas as realizações da sua geração, os resultados e as avaliações em parte divergem nitidamente. Isso também produz um quadro multifacetado e informativo. Na perspectiva do *título da coletânea*, remanescem, não obstante, dúvidas sobre se a partir das autorrepresentações dos autores já se explicita uma autorrepresentação "da Ciência Penal".

---

respeito também Fischer StGB, 58. ed, antes de § 13, cotas 9 ss., com documentação comprobatória adicional), uma perspectiva da restrição tipicamente médica a estruturas individuais de conhecimento. Ocorre que um pensamento ou uma vontade "humanas" inexistem em termos de história da origem sem uma estruturação *social* do conhecimento (cf. a esse respeito e.g. Adolf Heschl. *Darwins Traum. Die Entstehung des menschlichen Bewusstseins*. 2009, p. 190 ss.)

f) Não surpreende de todo, mas chama a atenção na justaposição das contribuições que a representação de 60 anos de dogmática juspenalista nas autobiografias dos autores foi possível quase *sem o concurso de pessoas*, se abstrairmos dos recursos humanos envolvidos na atividade científica – como se no fundo importasse tão somente o *conceito* correto de ação ou a pergunta se o erro de proibição afeta apenas a culpa ou também o dolo de um ilícito penal, e não as construções sociais do comportamento desviante e o sofrimento de ilícitos penais e penas, e como se o âmbito empiricamente marginal, em grande medida simbólico em termos de psicologia social, do controle formal da sociedade pela cominação e execução de penas criminais pudesse ser *compreendido* cientificamente sem o conhecimento das suas condições e dos seus efeitos reais e pudesse ser *configurado* racionalmente sem o controle contínuo dos seus efeitos.

Tal compreensão de uma "ciência da punição" se afigura seccionada de modo irracional já da *possibilidade* das descobertas, que a sustentam. Não vamos admitir que a maioria dos autores não saiba disso; não obstante, remanesce uma sensação de intranquilidade diante da circunstância de que a biografia de um catedrático de Ciência Penal, que nunca viu uma prisão por dentro ou um delinquente real de perto, por um lado talvez não seja a regra, por outro perfeitamente possível.[94]

Diante desse fundo é lícito duvidar da certeza, com a qual a alta e também internacional relevância da Ciência Penal alemã é desejada e prognosticada por muitos autores também com vistas ao futuro. Não parece certo que a dogmática penalista alemã sobreviva incólume ao processo da integração europeia lá, onde *isso importa*.[95] A referência recíproca entre dogmática penalista e prática judicial na Alemanha, que em outras culturas jurídicas, também na Europa, nem de longe está tão definida, ameaça romper-se justamente no momento, no qual diante da internacionalização e das trans-

94. Descrições interessantes de exceções e.g. em Lüderssen, Naucke, Stratenwerth.

95. Cf. e.g. na palestra de Björn Burkhardt, *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik*, proferida em 1999 na jornada da Academia de Ciências de Brandenburgo sobre *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende* [A Ciência Penal alemã antes da virada do milênio] (publicação dos trabalhos apresentados na jornada, editados em 2000 por Eser/Hassemer/Burkhardt). p. 111): doze queixas à Ciência Penal, e.g.: "a relação entre esforço e resultado, saída dos trilhos" (cota 5), ou "a distância da prática, que a dogmática interna alemã sofreu na sua Gaiola de Faraday" (cota 12; ibid. p. 129 s.; cf. também a complementação de Puppe, ibid. p. 229). Burkhardt resumiu isso na seguinte frase latina: *"Dogmatica se ipse alet"* ["A dogmática nutre se de si mesma"]; assim também Lagodny, in: Festschrift für Amelung, 2009, p. 51.

formações da política criminal[96] uma *ciência* do Direito Penal (correto) seria necessária. O fato dessa ciência agora cultivada apenas na forma de "disciplinas de orquídeas",[NT21] que podem ser ridicularizadas sem nenhum protesto como "distantes da prática"[97] e quase não têm nenhuma importância na indústria jusdogmática, que funciona com uma frequência elevada de rotações por minuto,[98] é motivo de preocupações e objeções.

6. PERSPECTIVAS: JUÍZES E JURISPERITOS

a) Juízes não são, enquanto tais, cientistas.[99] Também não devem tentar fazer crer isso mediante a redação das razões escritas de decisões penais como se

96. E não prioritariamente, como se afirma, por causa das "novas formas de criminalidade". Como outrora o transporte ferroviário e o telefone, a internet provavelmente exige alguns novos tipos penais e regras gerais para a sua aplicação, apesar do § 9 do Código Penal alemão, mas ela não exige um novo conceito de Direito Penal.
* Tradução do § 9 do Código Penal alemão:
"Local do ato
(1) Um ato é cometido em todo e qualquer local, no qual o autor agiu ou deveria ter agido em caso de omissão, ou no qual o resultado pertencente ao tipo penal adveio ou deveria ter advindo em conformidade com a idéia [*Vorstellung*] do autor.
(2) A participação ocorreu tanto no local, no qual o ato foi cometido, quanto naquele local, no qual o participante agiu ou deveria ter agido em caso de omissão ou no qual, em conformidade com a sua idéia [*Vorstellung*], o ato deveria ser cometido. Se o participante de um ato no estrangeiro [*Auslandstat*] agiu em território nacional, aplicar-se-á à participação o direito penal alemão, ainda que o ato não seja cominado com pena no direito vigente no local do ato. [NT]

NT21. Nota do Tradutor: Um "Orchideenfach", literalmente: disciplina de orquídeas, é, na definição do grande dicionário DUDEN do alemão contemporâneo, "uma disciplina esquisita, incomum e por isso escolhida por poucos" [subentenda-se: estudantes universitários].

97. É sinal de grave desconhecimento do problema acusar ciências como a Sociologia do Direito de "distância da prática". Em tal perspectiva a criminologia provavelmente é apenas uma *ciência da polícia*, o Direito Processual Penal um obstáculo para a prevenção e a pena criminal um equivalente geral da boa vontade no campo da política jurídica.

98. Observações críticas sobre a demanda "autossustentada" em Arzt. *Die deutsche Strafrechtswissenschaft zwischen Studentenberg und Publikationsflut*, in: Festschrift für Armin Kaufmann, 1999, p. 839; Id. *Wissenschaftsbedarf nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz*, in: ZStW 111 (1999), p. 757; Id., in: Hilgendorf (nota de rodapé 2), p. 3 s., 24 s.

99. Eles também não se tornam cientistas por disporem, nos tribunais federais superiores, de "colaboradores científicos" [eis a denominação dos assessores dos juízes de tribunais federais superiores na Alemanha (NT)].

estas fossem resultados da pesquisa científica.[100] No entanto, a contraposição terminológica de professores universitários como "cientistas" e juízes como "práticos" também é um pouco tola, pois finge, por um lado, a existência de algo inexistente e, por outro lado, desconhece a realidade.

A aplicação do direito pelo Judiciário não é a *prática da Ciência* Penal, assim como e.g. a construção de pontes é a prática da ciência da Estática. Ela também não é a prática da *dogmática* jurídica. No seu cerne eficaz, oculto à compreensão do mundo vivido, a jurisprudência é, muito pelo contrário, *produção* do direito. Produz dogmática, mas também normatividade de expectativas, vigência, poder, confiança. Figuras dogmáticas são *usadas* pela prática jurídica, não em primeiro lugar por serem *cientificamente* convincentes, mas se e na medida em que vêm ao encontro de uma necessidade concreta[101]. É injusto denunciar as fundamentações e formas de manifestação dessa necessidade unicamente como o respectivo modo de um desprezível senso comum, como isso volta e meia é feito por jurisperitos. Para refutar tal condescendência *na prática*, basta apenas observar um professor universitário no tratamento de casos *verdadeiros*, punindo pessoas de carne e osso na condição de juiz (no exercício de uma ocupação secundária).

---

100. De qualquer modo, as exigências de fundamentação de Fezer (HRRS 2010, p. 281 ss.) se afiguram exageradas na sua generalidade e no tocante ao seu resultado. Assim, se, por exemplo, uma Câmara [*Senat*] do Tribunal Federal Superior [BGH] quiser manter uma opinião jurídica de há muito estabelecida, não pode ser inaceitável em termos de legitimação escrever que a crítica exposta pela doutrina [*Literatur*] tenha sido *vista* e *examinada*, mas no resultado não seja considerada convincente [*durchgreifend*]. O fato de Fezer considerar insuficientemente discutidas as suas *próprias* manifestações críticas desvaloriza um pouco a objetividade da sua posição.

101. Exemplo: a doutrina de Roxin sobre a "autoria indireta por força do domínio da organização" [mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft]. Para aborrecimento do seu autor (Roxin, 458), ela foi descolada sem maior cerimônia da sua fundamentação dogmática e juspolítica (cf. para tanto também Roxin, in: Horstmann/Litzinger (*supra*, nota de rodapé 33, p. 203, 208 ss.) e "aplicada" onde quer que isso correspondesse a uma necessidade de política criminal e sua recepção, por assim dizer em pacote pronto, poupasse as penas de uma análise dos meandros das teorias da imputação objetiva (cf. a esse respeito e.g. Heinrich. *Zur Frage der mittelbaren Täterschaft kraft Ausnutzung hierarchischer Organisationsstrukturen bei Wirtschaftsunternehmen*, in Festschrift für Volker Krey, 2010, p. 147 ss.). Mas onde a dogmática (dominante) se oporia a resultados de decisões, fundamentações *dogmáticas* não raras vezes passam para o segundo plano (cf. também Kubiciel JZ 2010, p. 422, 423 na nota de rodapé 19 [sobre BGH NStZ 2010, 88]).

Seria improcedente afirmar que a teoria jurídica já teria perdido a sua influência sobre a prática jurídica.[102] Correções importantes da jurisprudência, também nos anos passados, assentaram também em discussões da crítica jusdogmática.[103] Discussões são travadas atualmente também entre o Tribunal Federal Superior e a teoria penalista, em regime de intercâmbio intenso; em comparação com décadas anteriores, tal intercâmbio provavelmente até aumentou por várias razões.[104] Por outro lado deve-se constatar que sob a pressão da política criminal prática e a internacionalização da perseguição penal a prática penal se volta crescentemente a uma dogmática "suave", definida por cláusulas gerais e ponderações globais dificilmente verificáveis, que só com

102. Isso o autor também não quis afirmar, quando disse – ao que parece de modo a produzir um mal-entendido – que a Ciência do Direito (Processual) Penal "não [teria] desenvolvido nenhum conjunto de instrumentos e nenhuma autoridade em matéria de conteúdos, que lhe possibilitassem influir na evolução do direito processual (...)" (Fischer, in: Festschrift für Rainer Hamm, 2008, p. 65, 77); ele naturalmente referira-se à autoridade ou influência "estrutural"); Fezer criticou isso, em uma terminologia de 'campo', entediante à saciedade e costumeira em congressos, como "insolente e conscientemente [!] desorientador" (*Anforderungen an die Begründung revisionsgerichtlicher Entscheidungen – Verfahrenswirklichkeit und normativer Anspruch*, HRRS 2010, p. 281 s.). Ele mesmo acusa o BGH de prolatar uma multiplicidade de decisões definidas por ignorância, recusa à argumentação e contraditoriedade, que, por conseguinte, careceriam de "legitimidade democrática" (ibid. 288). Para provar a afirmação da desconsideração permanente da Ciência Processual pela esfera prática ele invoca (ibid. p. 283, nota de rodapé 25) também Roxin: este, no entanto, afirmara explicitamente no trecho citado (*Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt [*supra*, nota de rodapé 95], p. 369): "Se a influência da ciência na prática é mais forte no direito material do que no direito processual, no qual amiúde apenas a jurisprudência estimulou a ciência para uma pesquisa mais aprofundada, isso se deve à evolução já descrita, um pouco distinta do direito material e do direito processual. Tudo somado, porém, a ciência e a jurisprudência promovem um intercâmbio de opiniões marcado por uma grande vivacidade, valioso para ambas as partes" (loc. cit. p. 384).- Isso não apóia a argumentação de Fezer.

103. Assim e.g. alterações da jurisprudência do BGH sobre § 315 b, § 316 a, § 177 al. 1 n. 3 StGB.

104. Do ponto de vista do autor, um exemplo nada distante: discussão sobre restrições do âmbito de aplicação do § 266 StGB; assim e.g. sobre a proposta da 2.ª Câmara Penal [*Strafsenat*] de combinar a figura do "dano de risco" com uma "tendência interna fracamente extravasante" (de direito judicial) (Bernsmann) (BGHSt 51, 199 [*Kanther*]; a esse respeito, de modo abrangente e com ponderação cuidadosamente efetuada, mais recentemente Hillenkamp. *Zur Kongruenz von objektivem und subjektivem Tatbestand der Untreue*, in: Festschrift für Manfred Maiwald, 2010, p. 323 ss.).

dificuldade pode ser atingida pela crítica da dogmática penalista acadêmica. Não é possível discutir aqui esse problema em profundidade. Resta constatar o seguinte: para dar conta da necessidade de dissolução e imprecisão da prática penalista, deveríamos *compreender* essa prática. No entanto, esse objetivo não é atingível com mais dogmática juspenalista, mas apenas com a Ciência do Direito Penal.

Vista sob o ângulo da psicologia, a relação entre dogmática penalista (universitária) e prática judicial provavelmente *também* é definida por consideráveis melindres narcisistas: diante da frequente "competência maior" dos dogmáticos penalistas, a extensão da sua *impotência prática* deve ser motivo para dores sempre renovadas e provavelmente também é percebida como humilhante;[105] inversamente, a consciência, de não atingir definitivamente no trabalho prático o nível da discussão da dogmática penalista da Teoria do Direito Penal, de modo evitável ou inevitável, nem sempre pode ser facilmente digerida pela autoestima de juízes criminais.[106] Cada um reconhece no outro não primacialmente a natureza deste, mas preponderantemente a sua própria natureza: os dogmáticos consideram os juízes de causas penais *maus dogmáticos*, os juízes consideram os dogmáticos *maus juízes*; Enquanto essa situação perdurar, jornadas e congressos, por mais frequentes que sejam, não terão nenhuma utilidade.

Essas relações recíprocas ainda carecem de uma análise mais aprofundada. De qualquer modo, creio divisar aqui pontos de partida para um *intercâmbio* aprofundado e mais fecundo, que não se exaure em *representações* recíprocas. Considera-se, com excessiva frequência, cumprida a sua respectiva tarefa no diálogo, quando se desvela à parte contrária a verdadeira extensão da *sua* debilidade. Mas com efeito o esforço comum só pode surgir, quando os pontos fortes do outro são levados a sério como possível corretivo das *próprias* debilidades.

Podemos duvidar com boas razões da tese de que o justiça criminal carece de mais dogmática jurídica.[107] Parece-me, no entanto, certo que ele necessita de mais *ciência*. Até o momento, referências a esse fato são recebidas por vezes

105. E poderia, especulativamente, ser *uma* fonte de rituais compensatórios de importância, que ocasionalmente se afiguram um pouco esquisitos a pessoas de fora.

106. E fomenta, igualmente de modo especulativo, talvez uma desagradável arrogância dos "práticos", que em última instância se apóia em pouco mais do que na consciência de deter o *poder*, que, conforme se insinua, o escrevinhador de anotações apenas anseia ter.

107. Cf. também supra, nota de rodapé 95.

com incompreensão pela indústria docente jusdogmática[108] ou aterradas com um número *ainda maior* de argumentos dogmáticos; do lado do Judiciário, são vistas com desconfiança, ocasionalmente até com animosidade, pois os juízes preferem, com ajuda do (assim chamado) método da *apreciação global*, manter distância das realidades criminológicas, sociológicas e psicológicas a encará-las de uma proximidade excessiva.

Ocorre que manifestações de dissolução, que o Direito Penal e o Direito Processual Penal dogmaticamente diferenciados mostram hoje em todos os lugares, não poderão ser detidas no futuro, mas provavelmente haverão de acelerar-se, caso não se logre implementar uma *ciência* penal, que procure (re?) integrar seriamente empirismo e normatividade. Propostas e enfoques dignos de nota sempre foram apresentadas e reapresentadas; elas encontram-se também na obra dos autores aqui representados. Da coragem para tanto e do sucesso depende muita coisa, não em último lugar e justamente também para a práxis jurídica, pois *num direito de prevenção total* [*Gesamt-Präventionsrecht*], europeu ou internacional, a dogmática jurídica alemã ocuparia hoje apenas o lugar antes reservado a uma cultura submersa de catedráticos. Veremos quanta responsabilidade, criatividade e autocrítica a *próxima* geração poderá pedir que lhe atestem no fim da sua carreira!

b) Como o subtítulo anuncia, a presente contribuição é uma recomendação de leitura. A coletânea editada por Hilgendorf tem alguns pontos fortes, mas é *interessante* também justamente onde é fraca. O livro deveria ser lido pelos penalistas doutrinadores, pois permite entrever com clareza, na reunião de *significados* avaliados pelos próprios autores, também uma responsabilidade pela profissão de uma ciência penal rica em conteúdos. *Juízes* deveriam lê-lo com vistas à sua *própria* responsabilidade por isso.

Concedamos aos *autores* o orgulho pela própria carreira profissional, relevemo-lhes pequenos autoenaltecimentos e agradeçamo-lhes pela disposição ao risco da autoapresentação pública, pois eles compartilham o risco de todos os autobiógrafos: ao lado da imagem, que estes fazem de si mesmos, e da imagem, que esboçam de si mesmos para o mundo, temos em terceiro lugar a imagem, que o mundo faz do esboço autobiográfico. Ao entregar o texto, o autor perde a possibilidade de influir nessa imagem, e quanto menos ele conta com isso, tanto mais a vida própria, que ela leva, pode enfrentá-lo como uma vida alheia, decepcionando ou mesmo ferindo-o. Salta aos olhos que esse risco é especialmente elevado onde a vontade de "autoapresentação" quer realizar-se no sen-

108. Cf. exemplificativamente *supra*, nota de rodapé 62, p. 102.

tido literal. Quem vê a própria autobiografia como uma espécie de *verbete de enciclopédia* sobredimensionado, provavelmente ficará decepcionado ou, pior ainda, nem reconhecerá a inutilidade de tais esforços. Quem a compreende como tarefa de reflexão, pode conseguir muito para si mesmo e para terceiros.

Os autores da coletânea enfrentaram a tarefa com intenções, talento e sucesso distintos. Se *o desejo de se tornar índio* levou-os a lugares de liberdade, seu voo, *desde logo alerta*, transportou-os para uma nova compreensão ou, *enviesado no ar*, provou ser um sonho embotado na *pradaria ceifada rente*, isso eles, porém, cada um por si, não nos contaram. Essa pergunta remanesce para nós.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ciência do direito penal e jurisprudência, de Ingeborg Puppe – *RBCCrim* 58/105 (DTR\2011\1791);
- Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional do direito penal, de Ricardo Breier – *RBCCrim* 46/94, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/1071 (DTR\2004\12); e
- Direito penal consultivo: pelo nascimento de um novo segmento dentro dessa ciência jurídica, de Gustavo Henrique de Souza e Silva – *RT* 806/448-449 (DTR\2002\673).

O papel poliédrico do juiz penal

Entre as pressões da hermenêutica e os limites do sistema

The polyhedral role of a criminal judge
Between the pressure of hermeneutics and the limits of the system

Vittorio Manes
Professor Associado de Direito Penal da Universidade de Bolonha.

Traduzido por
Antonio Tovo
Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Advogado.

Área do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: O artigo lança luz sobre os fatores que conduziram à progressiva acentuação da dimensão judicial do direito penal, e, paralelamente, à transformação do papel do juiz. A despeito do originário modelo iluminista segundo o qual o juiz era puro e simples executor do legislador, o triunfo da hermenêutica, a crise de identidade da lei e, sobretudo, a fragmentação estelar das fontes lançaram as bases para a ascensão do "protagonismo judicial" contemporâneo, requerendo uma atenta reflexão acerca do paradigma da separação dos Poderes.

Palavras-chave: Juiz penal - Interpretação conforme - Direitos humanos - Fontes supranacionais - Separação de Poderes.

Abstract: This paper sheds light on the factors that led to the progressive enhancement of criminal law's legal dimension, and in parallel, the transformation of the judge's role. Despite the original Enlightenment model, in which the judge was a pure and simple executor of the legislature, the triumph of hermeneutics, the law identity crisis, and most especially, the major fragmentation of the sources set the grounds for the rise of the contemporary "judge's role", which requires a careful reflection in relation to the paradigm of the separation of powers.

Keywords: Criminal judge - Consistent interpretation - Human Rights - Supranational sources - Separation of powers.

Sumário: 1. A metamorfose do juiz na passagem do moderno ao contemporâneo: 1.1 O edifício jurídico moderno e o juiz "máquina de silogismos"; 1.2 Os primeiros sinais de crise do modelo iluminista e a "germinação pós-moderna" - 2. A erupção da dimensão judicial

Manes, Vittorio. O papel poliédrico do juiz penal - Entre as pressões da hermenêutica e os limites do sistema. Trad. Antonio Tovo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 457-497. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

do direito penal: 2.1 Fatores endógenos: o despertar da consciência hermenêutica: 2.1.1 A "seiva nova" oferecida pela abordagem constitucional e a concepção "constitucionalmente orientada" do delito (e da política criminal); 2.1.2 O emergir da dimensão subjetiva do *ius dicere;* 2.1.3 As abordagens recentes: a interpretação como procedimento analógico; 2.2 Os fatores exógenos: 2.2.1 A degradação qualitativa da normatização (também) penal e a ausência de controle; 2.2.2 A falência da lei e da política; 2.2.3 A "fragmentação estelar" das fontes e a "revolução dos direitos fundamentais" – 3. A expansão do papel do juiz ordinário no "sistema" jurisdicional sob a perspectiva da Corte Constitucional – 4. O impacto da jurisprudência-fonte em matéria penal e seus diversos vetores: 4.1 O domínio da prevenção geral na dogmática e a primazia da interpretação; 4.2 Em direção contrária: "pressões mitigadoras" frente à crise econômica – 5. A separação dos Poderes: final da partida?

1. A METAMORFOSE DO JUIZ NA PASSAGEM DO MODERNO AO CONTEMPORÂNEO

O tema objeto desta intervenção funda raízes na "cultura da jurisdição", e erige-se em torno do protagonismo que parece hoje ter assumido a dimensão judicial do direito, e em torno do papel sempre mais "poliédrico" do juiz, também em matéria penal.

Este papel transformou-se profundamente em relação a seu contexto originário, com forte aceleração nos últimos anos, porque – desejo pinçar os movimentos a partir deste ponto – a modernidade jurídica entregou-nos um arranjo institucional bem preciso e muito distante do atual, no qual a figura do juiz, as suas tarefas, as suas funções, a sua relação com os outros poderes, eram delineadas a partir de um perímetro muito definido e circunscrito.

1.1 O edifício jurídico moderno e o juiz "máquina de silogismos"

Como é sabido, o iluminismo constrói o edifício jurídico-moderno,[1] antes de tudo, sobre o princípio da separação de Poderes, o qual, segundo a concepção da época, predicava a atribuição da magistratura, substancialmente, de um papel "neutro": un "poder nulo" subordinado à lei e ao legislado, dos quais o juiz devia ser mera *longa manus*.

1. Remeto – por todos – ao recente e precioso trabalho de Paolo Grossi, *Introduzione al novecento giuridico,* Laterza, 2012, p. 3 e ss. (também remeto às magistrais páginas do mesmo autor, *Mitologie giuridiche della modernità,* Giuffrè, 2001, passim); preciosas sugestões também em M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica,* Giapichelli, 2007, passim; sobre os desdobramentos do modelo no qual tomou forma a "modernidade jurídica", conforme, também de M. Vogliotti, verbete *Legalità, Enc. dir., Annali,* Giuffrè, 2013, p. 371 ss.

Naquele *milieu* cultural e político – onde se desejava obviamente assegurar o arranjo político sinalizado pelo declínio do *Ancien Régime* e da neo-hegemonia burguesa –, a articulação essencial da separação dos Poderes alavancaram uma clara primazia da lei: em sua base, havia a ideia do legislador bom e racional (que segundo a teologia política encarnava o *God's eye point of view)* e a centralidade sagrada do Parlamento, garante do bem comum e representante "de toda a sociedade, unida pelo contrato social", capaz precisamente da visão geral iluminista das necessidades de tutela.[2]

Deste postulado uma série de corolários, bastante conhecidos, voltados a garantir sua resistência: o projeto de sistematização do direito nos "códigos", a pretensão de organizar as fontes *more geometrico* em um "ordenamento" – ou seja em um "sistema ordenado e ordenador" de normas – que tinha pretensão de completude,[3] e do qual – sobretudo – o juiz como mero "notário da lei", ou melhor, "executor testamentário" da *voluntas legis,* por sua vez garantido contra interferências externas por princípios metodológicos que conferiam total autonomia *(iura novit curia)* ou que estabilizavam de qualquer maneira a preclusão do recurso aos elementos ulteriores (*in claris non fit interpretatio*).

O juiz, em síntese, era o legatário único do legislador, mas em comparação a este era um simples corifeu, ou um deuteragonista, como nos recorda claramente Robespierre: "Le mot jurisprudence doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a sa constitution, la jurisprudence n'est autre chose que la loi".

Portanto não havia nenhum espaço para a "jurisprudência", em razão de seu banimento, e ainda nenhum espaço aos seus instrumentos metodológicos, especialmente a interpretação, como advertia Voltaire, no seu *Dictionaire philosophique* (1764): "que toute loi soit claire, uniforme et precise. L'interpréter, c'est presque toujours la corrompre".[4]

Tal posicionamento também dominava a matéria penal, na qual suas linhas eram portanto mais marcadas, ante a presença das peculiares instâncias garantísticas deflagradas pelo *argumentum libertatis.*

2. Perceba-se: é um ajuste que parece ecoar também em algumas decisões da Corte Constitucional, por exemplo a sentença 487/1989, ou seja, o precedente mais autorizado e peremptório em negar competência penal às Regiões, também movido pela consideração que só o Parlamento pode ser "representativo de toda a sociedade, unida pelo contrato social".
3. Conforme também P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico,* cit., p. 4 e ss.
4. Voltaire, *Dictionnaire philosophique* (1764), trad. italiana de M. Bonfantini, Mondadori, 1968, p. 442.

Ademais, naquela mesma unidade de tempo, aos iluministas franceses fazia eco direto – e nos interessa fundamentalmente – Cesare Beccaria, o qual por seu turno – no célebre parágrafo IV do seu "Dos delitos e das penas" – confirmava a proscrição de todo experimento interpretativo, "pela simples razão" – diz Beccaria – que os juízes penais não são legisladores", atribuindo assim ao juiz a simples tarefa de formular uma mera operação lógico-dedutiva: "Em todo delito o juiz deve fazer um silogismo perfeito: a maior deve ser a lei geral, a menor a ação conforme ou não à lei, a consequência a liberdade ou a pena. Quando o juiz é compelido, ou deseje fazer apenas dois silogismos, se abre a porta da incerteza".

Palavras, estas – ressalto apenas a propósito – que me parece desvelariam abertamente quanto fosse percebida sem então a *politicidade* da interpretação, portanto o peremptório *veto de interpretação*, em última análise, desde sua origem parecia "*hospedar o inimigo dentro da própria muralha*".

Em cada caso, o arranjo é claro, e os contornos são delineados com cromatismo *hard edge*: na moldura cultura do iluminismo jurídico, da "modernidade jurídica", o juiz é simples máquina de silogismos, uma espécie de "machine à droit" (*Rechtsprechungsmachine)* passivamente submetida à vontade do legislador e, portanto, da Assembleia.

1.2 Os primeiros sinais de crise do modelo iluminista e a "germinação pós-moderna"

Sobre esta precisa divisão e hierarquização de papeis se constrói pois também o instrumentário metodológico que o juiz utilizará por muito tempo: se afirma sempre mais a concepção "declaratória" da interpretação, se não a mera exegese (como simples explicação do texto apartada do caso concreto: *les textes avant tout!*), e com a *interpretação* se identifica – e por longo tempo continuará a se identificar – a *aplicação* do direito, como reprodução mecânica, em todos os casos subsumíveis à norma, de um significado objetivamente preexistente e completamente fixado de uma vez por todas.

O campo de jogo do intérprete, já muito estreito, vem a ser ulteriormente circunscrito através de uma série de regras lógicas, antes de tudo aquelas que introduzem a necessidade – e assumem a possibilidade – de distinguir entre *interpretação* extensiva e *analogia,* declinando dos precisos limites nos singulares campos da matéria, como precisamente o veto de analogia em matéria penal, sobre o qual repousará por séculos a fundamental garantia na distribuição do sofrimento punitivo.

Isto que se desejava, do resto, era uma aplicação do direito – patrocinada especialmente pela propaganda jurídica burguesa, e voltada a consolidar o po-

MANES, Vittorio. O papel poliédrico do juiz penal – Entre as pressões da hermenêutica e os limites do sistema. Trad. Antonio Tovo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 114. ano 23. p. 457-497. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

der nas mãos da nova classe hegemônica – "simples" e "segura": uma justiça "fácil, pronta e imparcial", como em 1789 pretendia Adrien Duport (deputado do *Parti des Nationaux* na Assembleia Nacional), confiada ao juiz cidadão, ao *juge citoyen*.[5]

No curso do século XIX, e na primeira parte do Novecentos – um século que parece "breve" aos historiadores mas não aos juristas[6] –, o positivismo jurídico – procedo obviamente por grosseira aproximação – termina por legar e formalizar ao menos em parte este edifício conceitual, injetando-lhe ademais sangue novo com o postulado de fundo do qual se move (*autorictas facit legem*) e conferindo-lhe uma renovada moldura teórica sob o império do método técnico-dogmático, substancialmente declinado sobre o paradigma das regras da lógica clássica:[7] aquele método que – não por acaso – será bem rapidamente estigmatizado pelos estandartes do totalitarismo como "o método legalístico ou da suprema vinculação do juiz à lei como rígida medida de sua justiça".[8]

Mas muitas germinações pós-modernas começam a manifestar-se bastante cedo,[9] e dentre estas se destaca a crescente consciência sobre o papel central, fundante e irrenunciável da interpretação, também nas reconstruções aparentemente mais fiéis a imposições formalistas: uma centralidade que, em realidade aparece como um simples *revenant*, porque nunca colocada verdadeiramente em discussão com as experiências precedentes, e não só naquelas – como na "ordem jurídica medieval" – que haviam insistido em declinar o direito como "saber prático".

Um exemplo pode talvez colocar em evidência este "reencontrado" (mais que renovado) fulgor.

5. Veja-se Sordi, *Una giustizia 'facile, pronta, imparziale': le aporie fondative del pouvoir judiciaire*, in G. Chiodi e D. Pulitanò, *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Giuffrè, 2013, p. 1 e ss.
6. Remeto, ainda, aos apontamentos de Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., p. 7 e ss.
7. Aquela que – em relação ao tema da probabilidade – sempre teve como referência normativa o teorema bayesiano, segundo uma abordagem dominante por séculos.
8. Maggiore, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1939, p. 140 e ss., 153, que de fato patrocinava a superação do método técnico-jurídico em favor do método político-jurídico, em que "o direito se entenda não como um conjunto de normas abstratas (...), mas como uma forma viva, concreta e histórica que possui a mais imediata expressão na política", com um preciso, peremptório alerta: "Em todo setor do direito, e especialmente no direito criminal, deverá reinar aquele método, que é verdadeiramente totalitário".
9. Utilizo ainda o léxico de P. Grossi, *Introduzione al Novecento Giuridico*, cit., ibidem.

A herança da modernidade jurídica certamente é perceptível até mesmo na sistemática kelseniana da "teoria pura do direito", que exaspera de certa forma suas características:[10] na *reine Rechtslehre*, todavia, a interpretação desempenha um papel central para a "normodinâmica" do sistema (garantindo a passagem de um nível a outro do *Stufenbau*, e a concretização da norma do geral ao particular),[11] e é vista como ato de vontade, e certamente não como ato de mero conhecimento: o juiz – como escreve Kelsen – "é um criador do direito, e é relativamente livre nesta função".[12]

Portanto mesmo na versão mais fundamentalista e oriunda do *normativismo* – uma doutrina cuja pureza deriva da extirpação de toda ideologia política ou interferência sociológica, assim como de toda incrustação naturalística –, existe atualmente plena ciência do "papel constitutivo" do intérprete, e a jurisprudência não é definitivamente reduzida – como para o formalismo do oitocentos – a pura praxe, tampouco a subproduto da ciência do direito (como desejavam primeiramente a escola histórica de Savigny, e depois a escola pandectista, que da primeira abandona a alma historicista para cultivar apenas a alma positivista[13]): mais forte, que as demais, a experiência recente da jurisprudência dos interesses (*Interessenjurisprudenz*), que havia "despertado a consciência hermenêutica dos juristas", levando-os "a superar a identificação, característica do positivismo oitocentista, da norma com o texto legal (metodologicamente traduzida na regra *in claris non fit interpretatio*) e a

resgatar o princípio hermenêutico fundamental que atribui ao texto da lei somente um valor heurístico para busca da regra de decisão".[14]

Certamente o instrumentário metodológico da interpretação e a margem de manobra concedida à jurisprudência restaram ainda por longo tempo reclusas no horizonte do positivismo legislativo (o mesmo no qual permaneceu

10. Sobre o ponto, remeto à límpida crítica de Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., p. 55 ss.

11. Veja-se, por exemplo, Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. ital. Treves, Einaudi, 2000, p. 117 ss.; mas também *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. ital. Losano, Einaudi, 1966, em particular p. 267 ss.

12. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 123 s.

13. Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica, in: Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996, p. 67 ss., 69 ss.

14. Estabelecendo que "Não o texto, mas seu significado, que deve ser compreendido em relação ao caso a decidir, faz parte do predicado da normatividade": assim, ainda, L. Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., p. 71.

circunscrita a "jurisprudência dos valores"), e sobretudo, em matéria penal, a relação lei/juiz – um dos traços característicos do direito penal liberal – permanece declinado ainda longamente sob o paradigma da peremptória subordinação, imposta pelo *nullum crimen sine lege;* mas esta escolha de campo é ainda ditada por precípuas razões de oportunidade – portanto por razões políticas –, certamente não compelida por pressupostos metodológicos.

Entretanto, a interpretação do juiz parece ter adquirido já um papel central – também em matéria penal – no seio do mesmo tecnicismo jurídico, que também aspira a tracejar – de qualquer forma – uma espécie de doutrina pura do direito penal: não por acaso, no célebre discurso inaugural na Universidade de Sassari em 1910, com o qual ilustra as linhas programáticas da tendência técnico-jurídica, Arturo Rocco – também assumindo a exegese como "primeira investigação que a ciência do direito penal possui a cumprir" – alerta "contra o exagero e o abuso do sistema exegético",[15] revisando-a como instrumento de (mero) conhecimento *empírico* (e não *científico*) do direito, e concedendo espaços generosos à interpretação *extensiva* como também à interpretação *analógica*,[16] ainda entre os

15. Para Arturo Rocco, como sabido, o "novo método" do endereço técnico-jurídico devia canalizar o direito penal sobre três diretrizes: 1) pela pesquisa exegética; 2) pela pesquisa dogmática e sistemática; 3) pela pesquisa crítica. Se a exegese, portanto, possuía ainda um espaço central, o mesmo Arturo advertia contra os possíveis excessos de seu emprego para a construção científica do direito penal: "A exegese – se sabe – não é mais que a primeira forma, a primeira manifestação do estudo científico do direito: forma necessária, sim, mas também a mais baixa. Cautela àqueles que subordinam o conhecimento científico do direito ao puro, limitado e material comentário exegético à letra legislativa!": Rocco, *Il problema e il metodo scienza del diritto penale* (1910), *in: Opere giuridiche,* Roma, 1933, p. 264 ss., 297 ss.

16. Veja-se ainda Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale,* cit., p. 298, reclamando uma "revisão crítica fundamental" no modo de conceber a interpretação em matéria penal: "Acredita-se que o veto sancionado pelo art. 4 das disposições preliminares do Código Civil italiano e pelo art. 1.º do Código Penal italiano de estender as leis penais além dos casos nessas expressos, tolhe absolutamente as mãos do intérprete que se presta a colher o íntimo fluxo do ditame legislativo penal; e assim a interpretação e a aplicação das disposições da lei penal se reduz bastante a um automatismo mecânico e obtuso consistente em ver, com vocabulário à mão, se as hipóteses literalmente e estreitamente previstas pelo legislador penal fossem verificadas no fato. Gravíssimo erro. O veto na palavra não exclui, mas sim inclui e pressupõe frente a si a interpretação *lógica*, e não somente gramatical, da norma legislativa, isto é, a determinação do pensamento e da vontade da lei e também a sua razão justificadora: nem se deve exagerar o curso tomando como pretexto as locuções menos que exatas para se dispensar ao aplicar a lei casos que a essa verdadeiramente retornam. Mas

limites ditados "pela natureza especial do direito" dos quais tais procedimentos "vão-se aplicando".[17] Limites estes que se o juiz superasse – dizia ainda Rocco – "usurparia uma função que o legislador, por um evidente pensamento de equidade social e de conveniência pública: a tutela das liberdades civis, somente a si reservada";[18] e limites que em todo caso não impediriam o juiz – ao parecer do ilustre jurista – de fundar-se sobre *analogia* ou sobre *princípios gerais do direito* "para decidir todas aquelas questões de direito penal, e certamente não são poucas, que não consistem em ver se o legislador foi omisso a pronunciar-se a respeito de um fato, o qual possa revestir-se de caráter delitivo, se uma circunstância, que o legislador não mencionou, possa possuir o caráter de circunstância agravante da pena estabelecida para determinado delito".[19]

É nesta moldura, portanto, que o legislador fascista, fiel ao tecnicismo jurídico, reafirmará peremptoriamente o *nullum crimen* – talvez mais na intenção de submeter todos os cargos do Estado ao comando do *Duce* do que por razões garantistas –, e confirmará a expressa previsão do veto à analogia para as "leis penais" de acordo com as disposições preliminares do art. 14, com uma indicação ditada por uma precisa escolha no terreno da *política*, não obstante algumas vozes "fora do coro" direito penal autoritário"[20] (ecoando as preci-

---

tem mais. A interpretação da qual falamos, pode ser não somente *restritiva,* mas sim a *extensiva* e *modificativa:* ter considerada, nas disposições acima citadas, a absoluta, ou também somente parcial, exclusão da interpretação extensiva, e por consequência aquela modificativa e corretiva, no campo do direito penal, é um outro grave e comum erro da nossa doutrina e mais ainda da nossa prática judiciária. Isto que nas matérias penais vem vedado ao intérprete não é já a interpretação *extensiva* da norma legislativa, mas sim somente a interpretação *analógica* e também esta (...) *dentro de certos limites,* tudo mais é irrelevante".

17. Nesta perspectiva, exauridos os recursos da exegese – "que é a ciência da lei" –, está a pesquisa dogmática – a verdadeira "ciência do direito" – que assegura as prestações da interpretação, desenvolvendo as potencialidades: "Quando a interpretação, não somente literal mas também lógica, cumpriu sua tarefa, se abre passagem, à analogia e aos princípios gerais do direito (...) ao desenvolvimento dos conceitos contidos nas normas jurídicas fixadas para seus meios". Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale,* cit., p. 300.
18. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale,* cit., p. 302.
19. Idem, ibidem.
20. Basta que o recurso às páginas de Maggiore, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario,* cit., p. 156 ss., e que à crítica frontal à primazia do *nullum crimen sine lege* e à vedação à analogia em matéria penal, para substituir-se com o "novo princípio *nullum crimen sine poena*", remetido à capacidade criativa do juiz: "Nenhuma lei pode fazer que o Estado abdique de sua potência e deixe arrastar na lama sua autoridade,

sas escolhas de campo da *kieler Richtung*, que em 1935 teria precisamente fomentado a ab-rogação da *Analogieverbot* no "famigerado" § 2 do Código Penal Nacional-Socialista[21]).

Assim, a impressão é que já na primeira parte do século passado começam a aflorar sempre maiores fissuras nos fundamentos da arquitetura jurídico-moderna, e que estas são muito mais perceptíveis numa perspectiva "de sistema".

Sob este ângulo, além disso, o mesmo mecanismo inovador de judicância da lei frente a um órgão constitucional *ad hoc*, introduzido por Kelsen, inflamava um elemento de forte fibrilação, representando um momento de ruptura do monismo legalístico e da submissão do juiz à lei: com efeito, se o juiz pode opor-se à aplicação de uma lei (supostamente) ilegítima, submetendo-a ao crivo do tribunal constitucional, certamente estamos agora no antípoda com relação àqueles que o desejavam mero terminal e executor servil do legislador.

Ademais, propriamente sobre a base de considerações análogas Vittorio Emanuele Orlando – um dos máximos exponentes da escola liberal clássica e dos Mestres fundadores do direito público –, na Assembleia Constituinte opõe-se bravamente contra a instituição de um mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade confiado pela Corte, que a parecer do ilustre jurista teria legitimado a rebelião dos juízes contra a lei, e, portanto, ao comando

quando um fato se verifique, lesivo a sua honra e de sua majestade, não previsto expressamente em alguma disposição de lei. Já que a questão resta sempre esta: dado que um fato novo se produza, o qual seja *substancialmente*, mas não *formalmente*, delito, porque não incriminado por nenhuma disposição de lei, o que fará o Estado? O Estado liberal, frente a tal eventualidade, permanecerá inoperantemente paralisado pelo ordenamento jurídico que o comanda: *nec plus ultra*, e, embora deplorando o incidente, tolerará que isso ocorra com a completa impunidade dos culpados; o Estado totalitário comandará, por sua vez, a seus juízes de punir, criando esses a norma faltante (...). Não se alarmem as vestais, ciumentas vigias do fogo sagrado da lei".

21. Uma modificação que transformará o juiz em "servidor do direito concretizado na lei" a "*partner* pleno de compreensão do legislador": assim, Vornbaum, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, Cedam, 2013, p. 266 ss., 272, o qual releva, em qualquer caso, que "o legislador nazista não era movido por intenções tão radicais a ponto de querer liberar o juiz praticamente de todos os vínculos da lei. O novo § 2 StGB vinculava o juiz ao 'pensamento de fundo de uma [pré-constituída] lei penal' e [cumulativamente] ao 'saudável sentimento do povo' (*gesundes Volksempfindung*): claramente não se tratava de um vínculo particularmente rígido, mas era na maioria das vezes algo que requeria o emprego de uma motivação para superar a letra da lei no caso concreto. Seria interessante apronfudar se um confronto entre os casos de analogia no sentido do art. 2 StGB de 1935 e a generosa atividade interpretativa dos tribunais federais alemães fez emergir significativa diferença (...)".

do Estado, até então peremptório e imperativo (*iubeo ergo sum*);[22] tanto mais, quando no modelo italiano se entregavam ao juiz ordinário as chaves de acesso ao controle de constitucionalidade, criando a autêntica "anticâmara" – como dirá Calamandrei – da Corte.

2. A ERUPÇÃO DA DIMENSÃO JUDICIAL DO DIREITO PENAL

Obviamente realizei um larguíssimo salto, e muito haveria ainda a dizer; mas chegando ao segundo ponto da minha intervenção gostaria de introduzi-lo tentando focalizar – sobre as bases há pouco desenhadas – quais são os *fatores* que no curso do tempo mais incidiram no determinar uma modificação tão radical do arranjo original, estimulando a progressiva anamorfose do papel do juiz e a derrubada das relações iniciais, até acentuar seu papel criativo e enfraquecer sempre – quanto parece – os "limites do sistema".

As ricas relações precedentes já examinaram tais perfis desta complexa transição, seguramente multifatorial e devida à sinergia – exata – entre os diversos perfis.

Tentarei retornar a alguns aspectos.

A meu ver – e com específica referencia à experiência italiana – podem se evidenciar fatores *endógenos* e *exógenos* que levaram progressivamente à corrosão do "edifício jurídico moderno", e assim conduziram à irresistível ascensão do direito jurisprudencial (também) em matéria penal.

2.1 Fatores endógenos: o "despertar da consciência hermenêutica"

Entre os fatores *endógenos*, indicarei sobretudo o (já acenado) triunfo da hermenêutica no curso do Novecentos, que se oferece como estrada alternativa tanto às sugestões jusnaturalistas quanto aos gargalos juspositivistas,[23] e amadurece crescentemente nos diversos âmbitos da disciplina jurídica, especialmente a partir da metade do século, decretando a superação da "concepção declaratória" da interpretação e do *legalisme étriqué* que a alimentava.

---

22. Surpreendentemente, o ataque de V.E. Orlando convergia, no êxito, com aquele de Palmiro Togliatti, que ao contrário lançava argumentações "jacobinas", criticando a escolha de introduzir o controle de constitucionalidade confiando-o aos juízes não legitimados a uma direta representatividade democrática.

23. Veja-se, por exemplo, Kaufmann, *Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica*, in Kaufmann, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, trad. ital. Marino, Giuffrè, 2003, p. 137 ss.

Hermenêutica – como amava repetir Hassemer – significa antes de tudo que o texto é sempre mais inteligente que o autor, porque todo termo da linguagem normativa possui um excesso conteudístico que consente e alimenta um notável excurso interpretativo, inflamada pelo atrito com o caso concreto.

O *texto* de lei começa a ser visto não mais como *objeto* (de mera recognição por parte do intérprete-aplicador), mas sempre mais como *projeto* (de sentido), que deva ser verificado nos seus *starting points* e nos seus êxitos passando pelo *caso concreto,* neste *círculo hermenêutico* entre fato e direito que resta inerte enquanto se limite a indagar a mera *disposição* (como na exegese).

E sobre estas bases, como se sabe, começa um lento processo de emancipação do "sentido da lei" da (manifestação de) vontade legislativa, pouco a pouco alarga-se o contributo do intérprete, decisivo no veicular momentos teleológicos para a individuação da correta *ratio iuris* à luz do caso concreto,[24] e aufere autonomia, em suma, a *norma,* fruto do processo hermenêutico, com relação à *disposição*: uma distinção que hoje – como se sabe – é tão consolidada de ser a base da separação de funções entre controle sobre a interpretação (confiado ao apego à norma da Cassação) e controle de legitimidade remetido à Corte constitucional (que pode intervir somente se esteja formado um "direito vivo").[25]

2.1.1 A "seiva nova" oferecido pela abordagem constitucional e a concepção "constitucionalmente orientada" do delito (e da política criminal)

Esta redescoberta impacta também – e sobretudo – em matéria penal, irrigando as mesmas raízes da teoria do delito, aproveitando o sangue novo da abordagem constitucional, e corporificando em uma dogmática mais aberta às consequências e aos escopos.[26]

24. Basta reler as páginas de Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici,* Giuffrè, 1949, p. 163 ss., que mantém alta a guarda contra um arbitrário "subjetivismo interpretativo".

25. Distinção consolidada também em âmbito penal e renovada pelas recentes evoluções em chave supranacional: Donini, *Disposizione e norma nell'ermeneutica contemporanea,* in Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte,* Giuffrè, 2011, p. 63 ss., 87 ss.

26. Remeto ainda a Donini, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento constituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione,* in *Dei delitti delle pene,* 1998, p. 37 ss. (que resgatou e desenvolveu o tema em muitos outros trabalhos).

É sabido. Na época do "degelo constitucional", a necessidade – assim fortemente percebida pelos juristas italianos do pós-guerra – de tornar possível a coabitação entre um código penal iliberal e os princípios introduzidos pela Constituição democrática induz a aproveitar os novos instrumentos ofertados pela hermenêutica, para proceder a uma reescrita "constitucionalmente orientada" do direito penal, também e sobretudo rumando para reconversão axiológica dos objetos de tutela: uma pesquisa que na Alemanha – pela peculiar "situação espiritual" daquele contexto – aventurava-se novamente pelo terreno do direito natural,[27] e que na Itália, sobretudo graças a Franco Bricola, preferia-se não renunciar a um lastro de direito positivo atingindo aos princípios constitucionais para erodir a mineralogia do *Tatbestand*.[28]

Nesta nova estação, com o afirmar da interpretação conforme e da abordagem constitucional em geral a partir dos desdobramentos da "teoria constitucionalmente orientada do bem jurídico" e do direito penal – como será sublinhado mais adiante – reconhece-se ao juiz uma tarefa autenticamente co-constitutiva lateral e para além da lei, também em matéria penal, elevando-o a artífice fundamental dos preceitos, e do sistema.

Encaminha-se assim uma longa fase de *restyling* hermenêutico, que não apenas extirpa as incrustações mais autoritárias do código Rocco, mas desenvolve uma experiência mais rica na qual a "cidadela da dogmática" vai abrindo-se às variadas indicações preceptivas e programáticas da Constituição (e daqui aos endereços da política criminal[29]): com efeito, "[o] ingresso da fonte jurídica constitucional no raio de ação da dogmática, introduz nesta última verdadeiros e próprios programas de escopo sobrepostos àqueles do legislador ordinário, e introduz igualmente valores novos no horizonte hermenêutico do juiz com relação àqueles capazes de filtrar nas malhas mais finas de uma dogmática de nível legislativo comum".[30]

---

27. Veja-se, por exemplo, Würtenberg, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtwissenschaft* (1959), trad. italiana de Losano e Giuffrida Rèpaci, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Giuffrè, 1965, p. 28 ss., 32 ss.

28. A referência atribuída a F. Bricola, *Teoria generale del reato*, 1973, XIX, passim; que tal formulação alavancava os argumentos de racionalidade prejurídica esteve em estágios evidenciado por Donini, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro italiano*, V, 2001, c. 30 ss.

29. Bricola, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale a orientamento.*

30. Neste sentido, ainda Donini, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, cit., p. 42 e ss.

2.1.2 *O emergir da dimensão subjetiva do* ius dicere

Mais adiante, a lição de Gadamer, de Arthur Kaufmann, de Esser, de nosso Betti, desvelou também o papel da *pré-compreensão*, ou seja, daquele "pressuposto que impulsiona a intepretação em direção às metas sinalizadas pelo arbítrio subjetivo e por isto incompatíveis com a pretensão de objetividade do conhecimento",[31] revelando, concomitantemente, a mutabilidade do processo interpretativo de acordo com quem seja autor e protagonista.

Nesta direção, a "destrutividade criativa" da hermenêutica desagregou, portanto o mito da *avalutivitàNT1* da interpretação e evidenciou como a aplicação do direito é feita de *atos de escolha* (e de vontade) e não só de *atos de conhecimento*: um cenário na presença do qual parece quebrar-se o desenho – excessivamente ingênuo – de uma disposição de lei que possa ser executada de forma testamentária e sempre igual para os juízes, e para *todos os* juízes.

Mais recentemente, os estudos de psicologia cognitiva aprofundaram esta trilha, indagando e lançando luz sobre os diversos "fatores irracionais" ativos nas decisões do juiz, e sobre essas bases postulam a superação de um modelo baseado sobre a racionalidade lógico-matemática e a conveniência de um modelo centrado sobre uma racionalidade limitada e ecológica (que além disso parece mais confortável ao crescente consenso adquirido pelos paradigmas lógicos mais desfocados, como a lógica *fuzzy*,[32] contaminados por um inafastável elemento de *caos*).

Destes estudos emerge o perfil de um juiz muito distante daquela "máquina de silogismos" predicada pelos iluministas, ou seja um juiz "limitado" e "falível", que decide segundo estratégias cognitivas (heurística) "velozes e frugais" (*fast and frugal*"): a heurística da *disponibilidade*, da *representatividade*, da *simu-*

31. Sobre o ponto, remeto a Mengoni, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica, in Ermeneutica e dogmatica giuridica,* Giuffrè, 1996, p. 1 e ss., segundo o qual – frente à "descoberta" do papel da *Vorverständnis* – o problema metodológico torna-se então "aquele de adquirir técnicas adequadas de controle racional da pré-compreensão na base da qual o intérprete procede a interpelar o texto, à guisa de garantir a abertura constante ao diálogo com o texto e impedir que os pré-juízos, os hábitos mentais, as categorias dogmáticas do intérprete, a sua participação acrítica na tradição convertam o diálogo em um monólogo".

NT1. Nota do Tradutor: *Avalutività* é uma categoria desenvolvida por Max Weber, que refere-se à possibilidade de isenção ou de neutralidade do cientista frente a seu objeto de estudo.

32. Conforme, por exemplo, Kosko, *Il fuzzy-pensiero. Teoria e applicazioni della logica fuzzy,* Baldini Castoldi Dalai, 2002.

lação (com todo seu acompanhamento de distorções, *falllacies* e *bias*: a falácia da frequência de base, do evento disponível, sabedoria retrospectiva ou *hindsight bias* etc.), são todas "estratégias cognitivas que as pessoas colocam em prática de modo automático, sem dar-se conta, inconscientemente",[33] e que frequentemente conduzem aquele que decide a proferir "sentenças imperfeitas".[34]

O que se vislumbra, portanto, é um horizonte onde a racionalidade do juiz "não pode chegar a uma conclusão certa, mas se estende, diria Locke, no "crepúsculo da probabilidade",[35] que se torna verdadeiramente imponderável quando se mede com o ulterior fator a base da *sentencing disparity*, a peculiar *filosofia penal* da qual todo juiz é portador.[36]

Estes dados decisivos para a compreensão da efetividade do *ius dicere* por muito tempo estiveram relegados a segundo plano – e considerados quase *quantité négligeable* – espécie de força da concepção *nomocêntrica* que dominou a nossa cultura jurídica: a mesma concepção que – ainda que só em um aceno – levou ao descuido com os problemas da prova factual, que só mais recentemente tornou-se objeto de renovada atenção científica,[37] em uma perspectiva que rechaça toda concepção unilateral de verificação fática (seja essa de cunho

33. Nesse sentido, Giusberti-Bensi-Nori, *Oltre ogni ragionevole dubbio. Decidere in tribunale*, Laterza, 2012, VI, no qual se ressalta que "é por este motivo que, no interior de todos os sistemas legais, é aplicado um critério chamado 'para além de toda dúvida razoável' (...)".

34. Conforme Bona, *Sentenze imperfette. Gli errori cognitivi nei giudizi civili*, Il Mulino, 2010.

35. Giusberti-Bensi-Nori, *Oltre ogni ragionevole dubbio*, cit., *ibidem*.

36. "A filosofia penal do juiz é talvez, entre as variáveis pessoais, a mais investigada e importante na determinação da escolha do veredicto": conforme ainda Giusberti-Bensi-Nori, *Oltre ogni ragionevole dubbio*, cit., p. 58 e ss., aos quais se remete também para a análise dos vários fatores "predizentes" da específica filosofia penal do juiz: *atribuição causal* (perspectiva de responsabilidade individual ou social), *orientação política, traço de personalidade autoritária* etc.

37. Conforme Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli, 2013, sobre a qual também há a intrigante crítica de Carlizzi, *Riflessioni sull'accertamento dei fatti giuridici. Rileggendo "Filosofia della prova giuridica" di Giovanni Tuzet*, disponível em: [www.penalecontemporaneo.it], acesso em: 03.02.2014, no qual o autor assinala que – com poucas mas importantes exceções (atinentes sobretudo aos trabalhos de Ferrajoli, Comanducci, Ubertis, Ferrua e Taruffo) – o problema da prova permaneceu substancialmente na sombra da cultura jurídica italiana, lamentando por conseguinte "a carência de uma 'cultura da prova' consolidada e difusa, ou seja, de um *corpus* de noções e diretrizes orgânico e bem receptivo, que possa fundir a gramática da controvérsia".

dedutivo ou indutivo) e que projeta o "acertamento dos fatos jurídicos" no horizonte "convencional" de uma *verdade* entendida como *certeza intersubjetiva.*

A sensibilidade, portanto, parece hoje profundamente mudada. O *objetivismo* do iluminismo e a ideia do juiz *Subsumptionautomat* foram colocados em xeque pela explosão da *subjetividade* que caracteriza todo momento do julgar: e os desvios – como se vê – são radicais, "até o ponto de fazer supor que nos nossos dias a *lei* não pode ser considerada mais que *um dos elementos*, embora dotada de autoridade e altamente qualificada, que *reingressam na valoração do juízo jurídica* (...)".[38]

2.1.3 As abordagens recentes: a interpretação como procedimento analógico

Faço um último e importante aceno para concluir esse ponto.

Os germes da hermenêutica, desnudando as diversas sequências argumentativas da interpretação, começam progressivamente a contaminar também o acompanhamento teórico com o qual é cercado o papel do juiz, inclusive compreendida a distinção entre interpretação (extensiva) e analogia: uma curva exponencial não ainda exaurida que teve e continua a ter recaídas de notável impacto, também em matéria penal, em que diversos estudos recentes dirigiram propriamente para a aquisição da natureza inevitavelmente analógica de todo procedimento interpretativo,[39] derivando disso a

38. Ceretti, *Introduzione a il punto su... Le basi emotive della decisione penale e la psicologia del giudice, in Criminalia*, 2011, p. 341 e ss., com referências a G. Chiodi, *Giurisdizione ed equità regolativa, in* Brutti, Liberati, Ceretti, Giansanti, *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, 1996, p. 32 e ss.

39. No vastíssimo debate sobre a matéria – sobre o qual remete-se a Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, 2004, p. 150 ss., 153 – basta aqui a referência, de um lado, ao estudo de Di Giovine, *L'intepretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, 2006, spec. p. 265 ss., que – movendo-se pela agora difusa convicção da natureza inevitavelmente analógica de todo procedimento interpretativo (além dos muitas vezes trabalhos de Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, 2002, conforme ainda A. Manna, *Diritto penale*, 2. ed., Cedam, 2012, p. 84 ss.; para uma vigorosa reafirmação das razões da "tradicional" vedação à analogia, entretanto, DE Francesco, *Diritto penale, I fondamenti*, 2. ed., Giappichelli, 2011, p. 118 ss.) – rediscute o contexto aplicativo da vedação à analogia em matéria penal (para reafirmar seu essencial significado político), circunscrevendo-o à analogia *externa*, que portanto estará preclusa (enquanto será admissível a analogia *interna*, "que joga para dentro e que, exercitando uma força centrífuga, que pressiona mo-

consequente impossibilidade de distinguir entre interpretação (extensiva) e analogia.[40]

2.2 *Os fatores exógenos*

Entretanto o modelo estilizado pelo iluminismo jurídico sobre cuja solidez apoia(va)m-se também o destino e a resistência *nullum crimen,* como antecipava, parece entrar em crise ao mesmo tempo sob a pressão dos crescentes estímulos *exógenos*, que atravessam transversalmente o campo das fontes e da reserva de lei, seja sob o viés formal ou informal.

2.2.1 *A degradação qualitativa da normatização (também) penal e a ausência de controle*

Sob o viés formal, é quase banal sublinhar como a expansão do papel do juiz ocupa – antes de tudo – os espaços abertos pela constante e crescente degradação qualitativa do produto legislativo, "denunciado pelas normas mal elaboradas, frequentemente confusas e vagas, usualmente resultado de intervenções ilógicas e contraditórias":[41] o que em relação à tipicização das *fattispecie* penais, se repercute em um crescente *déficit* de taxatividade e determinação do preceito.

---

vendo suas propriedades *essenciais,* isto é, a propriedade sem as quais a palavra não teria um dado significado, para compreender aquelas *típicas,* vale dizer que a propriedade a que frequentemente se recorre, mas sem as quais uma palavra não perde o dado significado"); por outro lado, no mais recente ensaio de Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale,* Giappichelli, 2011, p. 25 ss., 35 ss., que superando a natureza analógica da interpretação e escalando às "raízes axiológicas" da vedação de analogia, esforça-se de retraçar em outro lugar o critério que assinala o campo de jogo do intérprete ("o conteúdo de desvalor expresso pelo tipo criminal"), e as garantias que devem em qualquer caso presidir o procedimento interpretativo (indagando, em particular, os traçados da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos).

40. Sobre o ponto, veja-se – sobre tudo – a cáustica crítica de Marinucci, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale",* in *Rivista italiana diritto e procedura penale,* 2007, p. 1254 ss., toda vez a reafirmar as perdurantes razões da distinção entre interpretação extensiva e analogia.

41. Significativo o chamado a este perfil por parte do Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura, Michele Vietti, revisando a primeira criticidade de afrontar para reportar a incerteza do direito a um nível tolerável: Vietti, *Crisi econômica e diritto penal, in Diritto penale processuale,* 2014, p. 7 ss.

Frente a esta conclamada "promessa não mantida",[42] impõe-se sublinhar que – depois da célebre sentença sobre plágio (Corte Constitucional n. 96, de 1981) com a qual a taxatividade formalmente torna-se um princípio demonstrativo – a Corte Constitucional parece ter eliminado o problema, também porque sempre mais raras são as ordens de reenvio que objetivam (convincentemente) censuras invocando a violação do parâmetro estabelecido pelo art. 25, par. 2, Constituição; então, não obstante a Corte Europeia de Direitos Humanos alinha, ao contrário, sempre mais empenhada no controlar que a norma penal – *in the books* ou *in action* – responda às fundamentais instâncias de conhecimento e previsibilidade.[43]

2.2.2 A falência da lei e da política

Paralelamente, sob viés conteudístico/substancial, registra-se há tempo – bem distante da estação de hipertrofia legislativa ainda viva em matéria penal[44] – a progressiva "crise de identidade" da lei, frente à crescente incapacidade de garantir as instâncias de racionalidade que eram prometidas com pretensão de "generalidade e abstração".

Uma "falência da lei" portanto, ainda antes que da política, também na presença da crescente "complexidade social", que parece comprometer todo projeto igualitarista, colocando em discussão os mesmos pressupostos: basta pensar, hoje, nos insucessos da "dogmática da igualdade" e a sempre mais advertida necessidade de uma "dogmática da diferença", frente ao desafio do multiculturalismo, que ainda interpelam, na primeira batida, o juiz.[45]

42. No âmbito de uma doutrina na qual parecem atualmente prevalecer resignação ou desencanto, limito-me a invocar a dura crítica de Moccia, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, ESI, 2001, passim.

43. Em se desejando, resenhou-se em Manes, in Bartole-De Sena-Zagrebelsky, *Commentario breve della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, 2012, p. 258 ss.

44. Limito-me a citar dois clássicos bem sucedidos em demonstrar o fenômeno da perspectiva diversa: a perspicaz monografia de Paliero, *"Minima non curat praetor". Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985; e a feliz investigação de Sgubbi, *Il reato come rischio sociale*, Il Mulino, 1990.

45. Conforme a obra de Ruggiu, *Il giudice antropólogo*, Franco Angeli, 2012, sobre o qual se vê também a revisão de Spigno, in [www.diritticomparati.it], 25.04.2013: "A ausência de uma abordagem teórica sistematizada e completa, portanto, foi suprida (talvez forçadamente) por baixo. São os juízes – e não os legisladores – que, protagonistas destas dinâmicas (sendo chamados de vez em vez a compor conflitos culturais),

Com efeito, o juiz é propriamente o terminal sobre o qual afluem, fatalmente, as inadimplências do legislador e da política, e tanto mais o juiz penal, "*naturaliter* menos imparcial",[46] e desde sempre atraído pela função de "suplência judiciária" que, *bon gré mal gré*, assim significativamente firmará pé – para ficar na experiência italiana – sobretudo a partir dos anos '70: e aqui é o caso de recordar com dificuldade – na presença de relatores que foram testemunhas diretas e protagonistas daquela estação – o "giro" emerso do célebre encontro da Associação Nacional de Magistrados em Gardone, em 1965 e – naquela sede – as palavras de Giuseppe Maranini, que muito insistente sobre o poder "criativo do direito" dos órgãos investidos da função jurisdicional, e sobre a tarefa esperada da magistratura ordinária de "inspecionar a conformidade do direito vivente na Constituição, e, pelo contrário, dar vida à mesma Constituição no contato contínuo com os fatos concretos".[47]

É impossível nesta sede percorrer novamente as sequências de uma longuíssima fase – talvez nunca verdadeiramente concluída – na qual a falência da política na gestão da coisa pública contrastou com experiências de "interven-

chegaram, talvez também involuntária e inconscientemente, a buscar soluções que pouco a pouco assumem a dignidade e a sistematicidade de teoria. Acusados frequentemente de ativismo judiciário, os juízes tornam-se protagonistas de uma dinâmica de formação jurisprudencial do direito que, não obstante as resistências dos juspositivistas, não representa uma novidade e encontra o seu momento emblemático próprio no multiculturalismo. O direito torna-se assim a arte de resolver casos concretos por meio de racionalizar por problemas ao invés de por sistemas abstratamente deduzidos de uma norma: a composição dos conflitos culturais determinou o despertar da tradição tópica (...)".

46. O juiz penal, em relação àquele civil, parece – como foi devidamente sublinhado – "*natutaliter* menos imparcial", porque naturalmente menos destacado dos interesses em jogo (que estão fora da disponibilidade das partes e atendem ao revés às exigências fundamentais), e "também psicologicamente mais exposto a privilegiar um posicionamento cultural ou no sentido de sentir-se a salvaguarda da liberdade individual assim gravemente comprometida no penal, ou no sentido de sentir-se em qualquer modo envolvido na tutela das exigências sociais prejulgadas pelos fatos criminosos": Palazzo, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici, in: Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, cit., p. 151 ss., 153 ss.

47. Sem onde "passar", portanto, por meio da Corte Constitucional: Maranini, *Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico nella Costituzione, in:* Pizzorusso, *L'ordinamento giudiziario*, Il Mulino, 1974, p. 259, o qual por outro reivindicava – sobre estas bases – a necessidade de reforçar as garantias de independência da magistratura "se se quer que o destino político resulte conforme a previsão constitucional, coloca-se a exigência da independência absoluta dos juízes ordinários e administrativos, e do ofício do Ministério Público, em confronte com o Executivo" (p. 262).

cionismo judiciário" na chave de – mais ou menos declarada – suplência nos setores mais díspares.[48]

Todavia, sinto que devo compartilhar a posição que revisa as indagações que desvelam o fenômeno "Tangetopoli" (1992) uma *diversidade qualitativa* no *judicial activism*, substancialmente diverso daquela experiência que empenhou a magistratura mais *engagé* a partir do encontro de Gardone.[49]

Como se sabe, esta última "corrente jurisprudencial" – fazendo quase de *pendant* as sempre mais autorizadas vozes em favor de uma "função promocional do direito"[50] – reclamou ao juiz a tarefa de intervenção direta na presença das novas instâncias de tutela, até patrocinou um "uso alternativo do direito" (também penal) autenticamente *supletivo da política*, assumindo como objeto e finalidade principal a afirmação dos interesses e das "instâncias antagonistas" que – respectivamente – a política não estava à altura de representar; e fazendo nota leva, não raro, sobre os princípios constitucionais considerados diretamente atingíveis (até o princípio "generalíssimo" contido no art. 3, § 2, Const.), ora para reler em ótica promocional o universo da responsabilidade omissiva (e, na espécie, a cláusula do art. 40, § 2, CP), ora para uma reconstrução "extensiva" da *fattispecie* individual filtrada através da porosidade do *Tatbestand* e do "bem jurídico" (como emblematicamente na ausência do "bem" "ambiente" ou, mais em geral, dos assim chamados "interesses difusos", concebidos de acordo com "instâncias antagonistas às posições econômico-jurídicas dominantes"[51]).

48. Remeto, entre muitos contributos, a Guarnieri-Pederzoli, *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, 1997, p. 128 ss.; mas se veda também a reconstrução de Pizzorno, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, 1998, p. 67 ss.; mais recente, Guarnieri, *Giustizia e politica. I nodi della Seconda Repubblica*, Il Mulino, 2003, p. 118 ss. (e aqui também uma reflexão instrutiva e crítica sobre o destino aflorado no mencionado encontro de Gardone e em particular sobre a posição de G. Maranini); L. Violante, *Magistrati*, Einaudi, 2009, p. 39 ss.

49. A respeito, embora com diversa argumentação, conforme ainda Violante, *Magistrati*, cit. p. 78 ss., o qual examina na investigação "Mãos Limpas" uma modificação nos conflitos entre magistratura e política, com referência aos protagonistas políticos, aos objetivos, e às mesmas perspectivas.

50. Sobretudo, Bobbio, *Sulla funzione promozionale del diritto, in:* Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile, 1969, p. 1312 ss., ensaio que depois confluiu – com leves modificações e atualizações – na antologia *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Laterza, 2007 (p. 3 ss.), ao qual se reenvia também para maiores contribuições ao tema.

51. Limito-me a ressaltar – no contexto de aquele extraordinário cenário cultural que encontrou espaço na revista *La questione criminale* – o fundamental trabalho de Sgub-

O protagonista é um juiz que se manifesta "sempre mais distante que o modelo revolucionário e napoleônico do magistrado-funcionário e se avizinha sempre mais ao modelo americano, componente explícito do sistema político, porque pode colocar em crise a dicção da lei e garantir o cidadão também contra o Estado;[52] é sobre estas bases, ademais, que – na perdurante inércia do legislador – serão cultivadas também as primeiras tematizações "italianas" das assim chamadas obrigações de tutela penal, voltadas a promover questões de legitimidade orientada a obter pronúncias aditivas *in malam partem* para colmatar (presumidas ou reais) "lacunas de tutela" (como na hipótese exemplar da "lei Merli"), se não verdadeiras e próprias situações de imunidade.[53]

O todo, sob o fundo de um conflito de classe de cuja dinâmica a magistratura (também) penal demonstrava, portanto, desejo de participar ativamente e materialmente (até as leituras mais ou menos manipulativas da lei penal), em

---

bi, *Tutela penale de interessi diffusi*, 1975, p. 479 ss., que – na abertura – declarava abertamente a intenção de indagar "em qual medida e em qual modo o instrumento penal – tradicionalmente e atualmente usada na tutela de direitos subjetivos individuais formalmente especificados ou de bens/valores também funcionais a tais direitos – possa ser apanhado a uma operação de proteção direta de interesses 'difusos', também e propriamente na sua carga 'antagônica', com relação a quais 'direitos e a quais valores'" (p. 443), invocando, sem meios termos, "um uso alternativo do direito penal vigente" [por outros, imposição decisivamente mais cautelosa no tocante às potencialidades promocionais do direito penal, qualquer ano posterior, pronunciou-se por seu turno Bricola, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, 1971, p. 445 ss. (e também ainda Bricola, *Scritti di diritto penale*, coordenado por Canestrari-Melchionda, vol. I, t. II, Giuffrè, 1997, p. 1407 ss.)].

Também ampliando tais sugestões, como se sabe, para satisfazer similares instâncias de tutela, o ativismo jurisprudencial (e os denominados *pretori d'assalto*) solicitavam frequentes leituras da *fattispecie* como nos casos famigerados – e obviamente somente um exemplo – do art. 635 CP, o do art. 734 CP, este último mesmo a recompreender os comportamentos omissivos das autoridades públicas designadas para o controle e tutela da integridade do ambiente (sobre o ponto, para uma crítica pungente, conforme Contento, *Interpretazione estensiva e analogia, in: Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, coordenado por Stile, Joveni, 1991, p. 5 ss., 9 s.).

52. "Consequentemente, este magistrado torna-se sempre mais um ator político, porque o complexo funcionamento do sistema e a fragilidade da política impelem para aquela praia. Desta modificação, porém, grande parte da magistratura colhe o aspecto do privilégio, mas ignora aquele da crescente responsabilidade" (Violante, *Magistrati*, cit., p. 49).

53. A este respeito, também pelas oportunas referências, remete-se a Pulitano, *Obblighi costituzionale di tutela penale?, in: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1983, 484 ss.

uma posição de coprotagonismo que moveu o rechaço ao pensar a si mesma como mero trâmite e intérprete passiva da lei,[54] reclamando – como já se mencionou – tarefas diretas antes de tudo na atuação da Constituição.[55]

Vice-versa, durante a instrução "Mãos limpas" – que irrompeu em um contexto de profunda mutação do sistema político italiano[56] – pode se observar uma forma de "ativismo" que mudou o *focus* do objeto da atividade política à política em si, como "sistema de interesses" sempre mais caracterizado por aquela sinergia patológica e virulenta entre governo da coisa pública e "mercado das tangentes" que revelará rapidamente sua dimensão "sistêmica";[57] justificando assim a ação da magistratura com vistas a repristinar a legalidade que por longo tempo permaneceu letra morta, e portanto uma chave de intervenção substitutiva com relação àqueles controles internos que a mesma praxe política havia descartado ou, pelo menos, "anestesiado".[58]

54. Não por acaso, é propriamente esta parte mais *engagé* da magistratura que tornar-se-á *target* do terrorismo subversivo – como por exemplo primeira linha – porque se individualizava nela "assim chamada magistratura democrática [não confundir com a corrente da Associação Nacional de Magistrados] o componente mais perigoso [da magistratura] enquanto expressão do mais alto grau dos órgãos do Estado, da capacidade e da inteligência com relação aos processos em curso na área armada e a seu âmbito de consenso" (como teve de dizer aos magistrados Marco Donat Cattin, assassino do juiz Emilio Alessandrini: referência em Violante, *Magistrati*, cit., p. 53).

55. Por tais exemplificações veda-se, *v.g.*, com claro contorno crítico, Contento, *Magistratura, giurisprudenza penale e potere politico*, 1981, p. 35 ss., e também em Contento, *Scritti di diritto penale*, coordenado por Spagnolo, Laterza, 2002, p. 122 ss.

56. E de "fragilização" da política: a respeito, conforme ainda Guarnieri, *Giustizia e politica*, cit., p. 153 ss.

57. Amplo e instrutivo quadro histórico, criminológico e jurídico-penal em Davigo-Mannozzi, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*. Laterza, 2007.

58. Experiência talvez mais próxima no intento e na cadência que aquela que caracterizou – no curso dos anos 80 – as generosas aplicações jurisprudenciais do peculato por distração na gestão do crédito, tentando represar os abusos de crédito bancário dos bancos públicos, afirmando a tese da natureza de serviço público da atividade bancária (posteriormente desmentida pelas Seções Unidas da Corte de Cassação, em 1987), para invocar a aplicabilidade do estatuto penal da Administração Pública (e em primeiro apontamento, o art. 314 do CP italiano) para autorizado acessos críticos a tais "excessos jurisprudenciais" entre outros, Bricola, *La responsabilità penale degli operatori bancari tra decisione delle Sezioni Uniti e progetti di riforma*, 1988, p. 111 ss. (e também em Bricola, *Scritti di diritto penale*, coordenado por Canestrari e Melchionda, vol. II, t. II, Giuffrè, 1987, p. 3213 ss.) [veja-se também Bricola, *Le banche e le Sezioni Uniti della Cassazione*, 1988, p. 111 ss. e também em Bricola, *Scritti di diritto pe-*

É nesta fase, em qualquer caso, que parece definitivamente comprometer-se a relação entre poder político e poder judiciário (penal): se este último reivindica a legitimidade da própria intervenção como necessário instrumento de contraste à "corrupção sistêmica", e ainda como necessária substituição de inexistentes controles ao interior do sistema político (até a reter viáveis e apropriadas interpretações "generosamente" extensivas das *fattispecie* penais, ou mesmo leituras analógicas *in malam partem*),[59] a acentuação dos controles penais é percebida – pela perspectiva oposta – como indevido "comissariamento da política" por parte dos juízes – com um *refrain* constantemente reproposto, também em tempos recentíssimos.[60] Isto fomenta uma reação dos partidos que inverterá bruscamente a rota de substancial apoio que havia caracterizado – em particular – os "anos de chumbo" (nos quais muitas "leis de emergência" foram escritas quase sob ditaduras dos juízes, aos quais eram deixadas "mãos livres"[61]), e que reclamará abertamente – e com sempre maior insistência – reformas legislativas para limitar e disciplinar minuciosamente a possibilidade de intervenção do juiz penal.[62]

Em particular inicialmente, todavia, a pressão da opinião pública interpreta um papel decisivo, e o "ativismo" dos juízes encontra respaldo em um forte consenso, que rapidamente tomará corpo no "partido dos juízes",[63] em uma fase de complexa transição que além disso é caracterizada por modificações épicas do próprio arranjo constitucional, entre as quais me parece inscrita a

---

nale, vol. II, t. I, Giuffrè, 1997, p. 3379 ss.]; Crespi, *Il diritto penale giurisprudenziale, l'attività bancaria come pubblico servizio, in: Banche e banchiere*, 1982, p. 125 ss., Flick, *Il pubblico servizio e l'impresa banca: miti e realtà del diritto penale giurisprudenziale, in:* Flick, *Diritto penale e credito: problemi attuali e prospettive di soluzione*, Milão, 1988, p. 185 ss. (e ainda em Rivista sociale, 1987, p. 1333 ss.); Vassalli, *Sulla qualificazione degli abusi nella gestione del credito, in:* Vassalli, *Scritti giuridici*, vol. II, Milão, 1997, p. 619 ss. (e ainda em *Scritti in onore di Guido Capozzi*, vol. II, Giuffrè, 1992, p. 811 ss.).

59. Basta pensar nas dilatações hermenêuticas do abuso de ofício, do cerne do ato de ofício na *fattispecie* de corrupção, ou mesmo ao *topos* da concussão ambiental.

60. Para uma síntese reconstrutiva, por diversas perspectivas, remete-se a: Galli, *Tangentopoli: crisi di legalità, crisi di legittimità*, 2009, p. 233 Ss.; Guarnieri, *L'espansione del potere giudiziario fra Prima e Seconda Repubblica*, p. 237 ss.; e ainda, MANES, *Il fenomeno Tangentopoli, tra legalità della politica e legittimità dell'intervento penale*, p. 243 ss.

61. E formuladas "de modo tal que, firmada a finalidade de terrorismo, ficavam os magistrados livres para escolher os meios": Violante, *Magistrati*, cit., p. 78 ss., 83 ss.

62. Sublinha tal assunto também Violante, *Magistrati*, cit., p. 78 ss., 83 ss.

63. Conforme ainda Guarnieri, *Giustizia e politica*, cit., p. 155.

dupla revisão constitucional que toma corpo propriamente naquele intervalo de tempo.[64]

De um lado, a reforma constitucional sobre a anistia, talvez não deflagrada pelo emergir de Tangentopoli, mas germinada pelo mesmo enfraquecimento da política que havia contribuído a favorecer sua denúncia: com a Lei Constitucional 1, de 1992, como é sabido, é fortemente contraído – ou quase cortado – o poder de clemência das Câmaras (pois agora é mais fácil mudar a Constituição, haja vista a suficiência de maioria absoluta, e não qualificada), portanto – escreveu-se – "o Parlamento perdeu a última palavra sobre a justiça dos delitos e das penas, decretando o primado da magistratura".[65]

Por outro lado, a reforma em 1993 do art. 68 da Constituição, na qual se viu – mais uma vez – uma verdadeira "rendição" da política, implícita na supressão da autorização para proceder, que representava o visto obrigatório das Câmaras para submeter a processo penal qualquer parlamentar.[66]

O que não se tratava de uma definitiva "rendição", em realidade, demonstrou a "resiliência" de um legislador que nos anos sucessivos procedeu, também e sobretudo em matéria penal, "a golpes de maioria", aprovando reformas empenhadas a cauterizar as margens de discricionariedade do juiz (e do Ministério Público) em um contexto "nevrálgico", como nos recordam – *inter alia* – as reformas no tema de abuso de ofício (1997) e "falso em balanço" (2002); reformas que não por acaso serão impugnadas – por etapas – perante a Corte Constitucional,[67] submetendo-a a um escrutínio de racionalidade no qual tipicamente vem sobrepostas normatizações "pseudo-consensuais".[68]

64. Neste sentido, Ainis, *Quel passo indietro della politica con la rinuncia all'immunità, in Corriere della sera,* 19 agosto de 2013, p. 1 e 27.

65. Ainda a este respeito Ainis, *Quel passo indietro della politica,* cit., *ibidem.*

66. Ainis, *Quel passo indietro della politica,* cit.; mais sobre o ponto – e sobre as estreitas correlações entre esta reforma e a investigação "Mãos limpas" em Guarnieri, *Giustizia e politica,* cit., p. 154.

67. A Corte todavia considerará as questões propostas – por várias razões – inadmissíveis: veja-se, em relação ao abuso de ofício, a sentença 447 de 1998, ou mesmo, sobre a falsidade em balanço, a sentença 161 de 2004.

68. Normatização, isto é, caracterizada por um consenso social "que mascara em realidade um conflito irresoluto pela norma penal, cuja emanação perpétua, ou, de outra forma, em verdade potencializa a conflitualidade, ou acresce, ao interior do conflito, a supremacia da parte hegemônica em detrimento da hegemonizada" (C.E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale,* in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1992, p. 899 ss.).

Em qualquer caso, não há dúvida que a relação entre política e magistratura mudou profundamente, talvez comprometido, e com isso foram novamente solicitados os "dogmas" da separação dos Poderes e da submissão do juiz à lei: precisamente naqueles anos, ademais, (re)florescem originais propostas doutrinárias para prender a interpretação, propondo-se, de vez em vez, de introduzir o princípio *in dubio pro reo* também naquela sede, ou seja, impor a prevalência do critério *restritivo*, até mesmo codificar a prevalência do método *subjetivo* – ao invés daquele objetivo – da interpretação penal, com necessária referência à efetiva *voluntas* do legislador histórico; apresentando paralelamente – na presença da impossibilidade adquirida de censurar as aplicações (cripto-)analógicas nas sedes jurisdicionais ordinárias – a necessidade de confiar ao exame da Corte Constitucional, segundo um esquema já proposto em precedência.[69]

Dali a pouco a Bicameral proporá – sem sorte – introduzir precisos princípios de estatura *constitucional* também em matéria de interpretação da lei penal, com uma re-evocação do paradigma iluminista: entre estes, o veto de interpretação analógica e extensiva, com uma opção posterior a qual foi entrevista – com claros contornos críticos – a ânsia de um retorno ao modelo montesquiano do juiz "bouche de la loi".[70]

2.2.3 A "fragmentação estelar" das fontes e a "revolução dos direitos fundamentais"

Além disso, e paralelamente, um fator igualmente decisivo – e talvez hoje preponderante – que acelerou a expansão do papel do juiz – e a "dimensão judicial" do direito, também e sobretudo em matéria penal – é devida à fragmentação estelar das fontes, a qual já se mencionou em outros estágios como sendo o tema ao centro deste encontro, evidenciando o papel crescente e protagonís-

69. São todas propostas, como se sabe, articuladas por Contento, *L'insostenibile incerteza delle decisioni giudiziarie*, 1998, p. 947 ss. (e já em outros escritos precedentes), não por acaso um estudioso sempre atento aos temas do controle do juiz penal sobre a administração pública; propostas resgatadas e desenvolvidas também por Donini, *Dogmatica penale e politica criminale*, cit., p. 68 s.

70. Sobre o ponto, Donini, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Per una progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e sussidiarietà, in: Alla ricerca di un disegno*, Cedam, 2003, p. 67 ss., 101 ss.; perplexidades análogas – especialmente no ponto de "praticabilidade" do veto – foram levantados com autoridade, entre outros, por Fiandaca, *La giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro italiano*, 1997, IV, c. 162 ss., 166 ss., ed Palazzo, *Riforme costituzionali: Diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 37 ss., 41.

tico das fontes supranacionais, do direito da União Europeia mas sobretudo – e sempre mais – da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e, neste âmbito, da jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

Sob este último perfil, em minha opinião, é em particular a "revolução dos direitos", ativada no âmbito das Cortes de Luxemburgo e de Estrasburgo,[71] que forneceu e continua a fornecer um extraordinário combustível para as novas técnicas interpretativas e para o crescente protagonismo do juiz: na base dos principais movimentos telúricos que atualmente aprofundam as fendas já desconectadas da separação de Poderes existe portanto a renovada centralidade do *right-based discourse* e uma nova abordagem dos direitos fundamentais,[72] que além disso foi o mesmo fator gerador da "redescoberta hermenêutica" na metade do século passado.[73]

A *mutação* ainda uma vez *qualitativa* – da moldura juspositivista das Constituições à incessante fábrica da jurisprudência-fonte das Cortes Europeias – poderá talvez possuir – como alguns assinalaram – um "retrogosto jusnaturalista",[74] mas a direção de sentido e os êxitos são claramente perceptíveis: a "floraison de la fondamentalité",[75] a incessante proliferação dos direitos[76] e a sua "insaciedade",[77] o entrecruzar dos instrumentos de proteção

71. Veja-se a respeito as estimulantes reflexões de Lasser, *Judicial transformations. The Rights Revolution in the Courts of Europe,* Oxford University Press, 2009, p. 57 ss.

72. Direitos fundamentais que não por acaso – na moldura do "sistema europeu" e da *network* multinível – ocupam uma posição de primo plano nas últimas relações do Primeiro Presidente da Corte Suprema di Cassazione: conforme Santacroce, *Relazioni sull'amministrazione della giustizia dell'anno 2013,* p. 22 ss.; e ainda Lupo, *Relazioni sull'amministrazione della giustizia dell'anno 2012,* p. 5 ss., 12 ss.

73. Conforme ainda Menegoni, *Intepretazioni e nuova dogmatica,* cit., p. 73 s.

74. Também há Cortes e Cartas constitucionais que, de vez em quando, garantem maior ou menor vinculatividade às diversas fontes supranacionais no plano interno, de modo que o andamento da relação entre ordenamento positivo e direitos humanos parece circular e "viquianamente" recursal.

75. Burgorgue-Larsen, *Les concepts de liberté publique et de droit fondamental,* Auby, *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public,* Dalloz, *Thèmes et commentaires,* 2010, p. 395, cit. in Sauvé, *Y a-t-il trop de droits fondamentaux?,* conferência proferida pelo vice-presidente do Conseil d'État, na ocasião da *Rentrée solenelle de la Faculté de droit de Montpellier,* em 18.09.2012, disponível em: [www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/y-a-t-il-trop-de-droits-fondamentaux.html].

76. Sobre o "mundo novo dos direitos", remeto ao recente volume de Rodotà, *Il diritto di avere diritti,* Laterza, 2012, p. 41 ss.; ou também a instrutiva antologia de Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un debatito teorico,* coord. por Vitale, Laterza, 2002.

77. Pintore, *Diritti insaziabili,* in Ferrajoli, *Diritti fondamentali,* cit., p. 179 ss.

nas dinâmicas "multinível", são todos fatores que multiplicam as instâncias de tutela e os mecanismo de judicância:[78] o juiz ordinário demonstra-se indubitavelmente inclinado a avocar a si a tarefa, colocando-se em diálogo sempre mais direto com as jurisdições supranacionais, não raro superando os confins que a própria Corte Constitucional fixou no decretar o "trincheiramento" constitucional das fontes cada vez mais em relevo.

A experiência da CEDH é emblemática. Segundo a jurisprudência constitucional, como se sabe, a partir das assim ditas sentenças gêmeas (C. Const. n. 348 e 349 de 2007) as disposições da Convenção Europeia e as sentenças da Corte EDH são meros parâmetros interpostos de legitimidade constitucional – *ex* art. 117, primeiro parágrafo, Constituição – de forma que possam – ou melhor, devam – solicitar uma interpretação conforme da lei interna eventualmente contrastante, quando possível, ou fomentar a proposição de um incidente de constitucionalidade (reenviado portanto ao controle concentrado da própria Corte), mas jamais consentir com a inaplicação direta da norma interna por parte do juiz doméstico: não obstante, sobre inaplicação direta da norma interna em contrate com quanto afirmado em uma decisão da Corte EDH (Corte Europeia Direitos do Homem, Seção II, 28.08.2012, *Costa e Pavan*), teve-se um exemplo recente no vertiginoso campo da (vedação de acesso *a*) reprodução assistida, com boa paz nos vetos impostos exatamente às mencionadas "sentenças gêmeas".[79]

Um pluralismo hermenêutico acentuado, portanto, pela confusão de fontes, de constituições, de direitos e em definitivo de normas, sempre mais diretamente atingíveis pelo juiz, com consequente multiplicação das suas opções valorativas e decisórias, com potencialidade de ruptura do "sistema":[80] até ao

78. Na perspectiva penalística, conforme Pulitanò, *Diritti umani e diritto penale,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2013, p. 1613.

79. A referência é à decisão do Tribunal de Roma, Seção primeira civil, 23.09.2013, Costa e Pavan contra Asl Roma A e *Centro Tutela della Donna e del Bambino S. Anna* (giudice Galterio), disponível em: [www.penalecontemporaneo.it], com preciosa anotação de Vallini, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 in "esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto;* sobre o ponto conferir ainda Ruggeri, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan),* em [www.diritticomparati.it].

80. Conforme, entre outros, as percucientes reflexões de Gaeta, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale,* em *Arch. pen.,* n. 1/2012, p. 73 ss. (e também em: [www.penalecontemporaneo.it]).

excesso, posto que um juiz entre muitas leis pode parecer – em definitivo – um juiz sem lei,[81] perdido no labirinto do direito,[82] ou seduzido por um convite para onde se serve – como se disse – um direito penal "à la carte".[83]

A proliferação das fontes e a progressiva abertura do nosso ordenamento aos impulsos supranacionais inscreve-se além de tudo em um contexto de crescente contaminação entre o modelo de *civil law* e o modelo de *common law*, no qual a jurisprudência atual aspira há bastante tempo, e sempre ainda mais no nosso contexto, afirmar-se *também formalmente* como autêntica *fonte* do direito.[84]

---

81. Veja-se, guardadas as proporções, Irti, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in Irti, *Diritto senza verità*, Laterza, 2011, p. 123; mas a crise da reserva de lei, já há tempo é assinalada com crescentes preocupações em matéria penal (conforme, por exemplo, Palazzo, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Riserva di legge e democrazia: il ruolo della scienza penale*, coord. por Insolera, Zanichelli, 2005, p. 89 ss., e os diversos outros contributos ali compilados), atualmente é conclamada de parecer um *leitmotiv* (conforme os ricos apontamentos de Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss. e Gargani, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, *ibidem*, p. 99 ss.; e ainda Di Giovine, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, disponível em: [www.penalecontemporaneo.it], 2012).

82. Procurei aprofundar estes aspectos em outra sede, a qual remeto (*Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012); significativamente, invoca-se a imagem do *labirinto* no qual o juiz penal é hoje chamado a mover-se ainda com a supervisão da jurisprudência de legitimidade – *Gli ordinamenti delle Sezioni penali*, 2013, coord. pelo Ementário da Corte de Cassação, disponível em: [www.cortedicassazione.it/Documenti/Rassegna_Penale_2013.pdf]; assim também *Relazione della giustizia nel Distretto della Corte d'appello di Milano*, do Presidente Canzio, em 26.01.2013 (p. 70); a metáfora é resgatada também por De Mello Jorge Silveira, *Il labirinto penale e il caso brasiliano: la tensione tra il sistema nazionale e il sistema internazionale di tutela dei diritti umani*, disponível em: [www.penalecontemporaneo.it] (20.11.2012), em um ensaio no qual se analisa o problema do entrecruzamento de fontes que vão se confrontando também naquela experiência.

83. Assim, em particular, o juiz penal frente a (sempre múltiplas) cartas de direitos: Manacorda, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"*, disponível em: [www.penalecontemporaneo.it], acesso em: 17.05.2013, e também em Direito penal contemporâneo – *Rivista trimestrale*, n. 3/2013.

84. É um fenômeno registrado há tempo, pela doutrina penalística italiana: sobre todos, veja-se A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *del diritto penale*, Giappichelli, 1999, passim (segunda edição revista e atualizada em vias de publicação).

Não pode surpreender, portanto, que sob estes "braços culturais" seja mesmo germinada uma questão de legitimidade constitucional, construída propriamente sob premissas normoteóricas acolhidas pela jurisprudência da Corte de Estrasburgo, e estabelece a (definitiva) equiparação entre direito legislativo e direito jurisprudencial; questão depois refutada – como se sabe – pela nossa Corte Constitucional com a importante (e muito discutida) decisão n. 230 de 2012, invocando princípios altamente vinculantes, quais sejam, não apenas a reserva de lei (art. 25, parágrafo segundo, Constituição) como também o próprio "princípio da separação dos Poderes, especificamente refletido pelo preceito (art. 101, parágrafo segundo, Constituição), que quer o juiz sujeito (somente) à lei".[85]

3. A EXPANSÃO DO PAPEL DO JUIZ ORDINÁRIO NO "SISTEMA" JURISDICIONAL SOB A PERSPECTIVA DA CORTE CONSTITUCIONAL

Caso examinem-se os êxitos desta transição bastante importante da "modernidade jurídica" ao "universo jurídico contemporâneo", e se ela se enquadra na perspectiva da Corte Constitucional, encontram-se ademais ulteriores confirmações da expansão do papel e das tarefas do juiz, também em desprezo aos equilíbrios originários sobre os quais era construído o modelo concentrado de controle de constitucionalidade da lei: ao juiz ordinário, como se sabe, há tempo é reconhecida a possibilidade de não aplicar a lei interna contrastante com o direito da União Europeia munido de efeitos diretos (também em matéria penal, mas com exclusão das hipóteses nas quais a não aplicação produziria consequências *in malam partem,* já que em tais casos a normativa europeia não pode nunca produzir efeitos diretos); ainda ao juiz ordinário, sobretudo, é reconhecido um papel sempre mais incisivo na aplicação da Constituição – e dos impulsos supranacionais – para o trâmite da interpretação conforme, que como bem se nota – a partir da célebre sentença n. 356 de 1996 – é objeto de um preciso ônus estabelecido sob pena de inadmissibilidade da questão eventualmente suscitada sem prévio experimento da devida tentativa de adequação

85. Corte constitucional, n. 230 de 2012, disponível em *Giurisprudenza costituzionale,* 2012, p. 3440 ss., com notas de Mazza, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido* (p. 3464 ss.) e V. Manes, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra "diritto giurisprudenziale" e "legge"* (p. 3474 ss.); sobre a sentença vejam-se, sobretudo, as densas reflexões de Insolera, *Il severo custode della legge fondamentale, in Critica dir.,* 2012, p. 355 ss., assinalando a verdadeira "cifra política" da pronúncia.

MANES, Vittorio. O papel poliédrico do juiz penal – Entre as pressões da hermenêutica e os limites do sistema. Trad. Antonio Tovo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 114. ano 23. p. 457-497. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

hermenêutica. Deste último poder/dever se adverte a crescente intensidade propriamente no campo penal, no qual princípios como da ofensividade[86] ou da culpabilidade[87] são afirmados como cânones interpretativos direcionados antes de tudo ao juiz, "convidando-o a adotar módulos interpretativos que, em nome da coerência constitucional, distanciam-se de esquemas exegéticos-estruturais":[88] o discurso parece mostrar-se também na presença do princípio da proporcionalidade,[89] o qual poderia conferir novo vigor à explícita previsão inserida no art. 49 da assim chamada Carta de Nizza.

De forma mais genérica, em um horizonte em que o sistema kelseniano parece agora em estado de "confusão continental",[90] no contexto italiano isto conduziu a uma redistribuição de tarefas no controle de constitucionalidade entre a Corte e os juízes singulares, e também a uma transformação do arranjo originário do qual se tenta entrever o possível ponto de abordagem:[91] neste ainda está o poder do juiz, bem como seu incremento, o qual adquiriu espaço, sendo este agora conferente de uma função de "atuação molecular" da Constituição fortemente potenciado pelo implante de fragmentos supranacionais, em um complexo mosaico no qual o intérprete – diversamente do início – deve participar da própria reconstrução do preceito, com uma complexa atividade de interpolação e *découpage* que o faz – verdadeiramente – "lector in fabula".

Este poder "co-constitutivo" resulta depois ulteriormente amplificado – a propósito – pelos diversos excessos que propriamente sob a frente da interpretação conforme frequentemente se registram, e que se resolvem em indevidos experimentos de "normatização alternativa" (*alternative Normierung*), senão em autêntica "anarquia jurídica"; excessos que se inscrevem no mesmo horizonte de fundo que percebe também o juiz ordinário – o que já foi sublinha-

86. Ordenamento consolidado: entre tantas, conforme a sentença n. 225 de 2008.

87. Assim, pela primeira vez, a sentença n. 322 de 2007.

88. Palazzo, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, cit., p. 168, sublinhando que – na sentença n. 322 de 2007 que precisamente reconheceu, em matéria de *error aetatis*, a validade hermenêutica do princípio de culpabilidade – "a Corte destina os juízes comuns a proceder pela construção de um elemento subjetivo de delito que em realidade não existe no nosso ordenamento positivo".

89. Conforme, por exemplo, a decisão n. 224 de 2012.

90. Shapiro, *The Mighty Problem Continues*, in Kapiszewski-Silverstein-Kagan, *Consequential Courts. Judicial Roles in Global Perspective*, 2013, p. 393.

91. Conforme o ensaio contido na coletânea de Cappuccio-Lamarque, *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella*, Editoriale Scientifca, 2013.

do – "autocandidatar-se" sempre mais a um papel de interlocutor direto das Cortes europeias, e primeiro de tudo da Corte de Estrasburgo, com exclusão da Corte Constitucional.

Ainda, uma ulterior confirmação da progressiva, inexorável ascensão do juiz parece-me se registrar – também aqui é possível só um aceno fugaz – ante a presença da multiplicação – na minha modesta opinião *patológica* – que estão a atravessar os conflitos entre os poderes do Estado.

Até há pouco tempo era considera instrumento quase periférico, e considerado pela própria Corte "instrumento residual para acionar na ausência de outro remédio", o "conflito entre poderes do Estado" está a atravessar uma estação de incontroversa proficuidade, a qual não raro é acompanhada – também aqui – por uma mutação qualitativa de seu objeto: nesta perspectiva, particularmente, o conflito é suscitado para lamentar a minimização de uma esfera de competência que o magistrado (judicante ou também inquiridor) assume reentrar nas próprias prerrogativas de *ius dicere* – e a frente, reentrante na tarefa de tutela das instâncias que a política não atinge satisfazer –, colocando-se assim em contraposição a um ato legislativo (ou a um ato administrativo) que tais prerrogativas tenham precisamente negadas ou limitadas.[92]

Basta pensar ao conflito que teve como ponto de partida os casos da siderúrgica Ilva, no qual o recurso do Procurador da República de Taranto, postulando a lesão ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, denunciou "um emprego anormal da função normativa, a ponto de ter dado lugar a uma espécie de "revogação legislativa" de um provimento judiciário de sequestro", de fato controlando a discricionariedade do ato legislativo (na espécie, do Governo, conforme o Dec.-lei 207, de 2012), enquanto a própria – paralelamente – tornada objeto de precípuas censuras na sede "natural" do recurso incidental de constitucionalidade.[93]

92. De tal forma obteve-se razão pela Corte. É o caso de conflito de atribuição promovido pelo Tribunal de investigação de Roma com o fim de obter a declaração que – no sentido dos arts. 2, 3, 24, 110 e 113 da Constituição – não incumbe ao Ministro da Justiça nem a algum órgão do Governo dispor que não seja dado cumprimento a um provimento de um Magistrado de investigação, consoante a norma do art. 14-*ter*, 35 e 69 da Lei 354 de 1975, com o qual se declarou definitivamente que um determinado comportamento do legislador penitenciário é lesivo a um direito do detento reclamante: recurso declarado pela Corte com a sentença 135 de 2013.

93. E precisamente por tais razões o conflito foi posteriormente declarado inadmissível pela Corte com a decisão n. 16 de 2013 (sobre a qual se vêem as reflexões de Arconzo, *Il decreto legge* "ad Ilvam" *approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminar al giudizio*

4. O IMPACTO DA JURISPRUDÊNCIA-FONTE EM MATÉRIA PENAL E SEUS DIVERSOS VETORES

Na presença dos fatores evidenciados, e de ainda muitos outros, compreende-se como parece "agora inafastável o processo histórico pelo qual o juiz penal vem alentando sua dependência do *imperium* voluntarístico que se manifestava no vínculo estreito da legalidade".[94]

O setor penal – nos parece – registra em diversos âmbitos os efeitos e as recaídas consequenciais de tal processo, demonstrando-se um observatório privilegiado para medir a força de impacto ativada pela incrementada dimensão judicial do direito sobre vínculos do sistema (que se referem antes de tudo – é quase previsível – aos imperativos constitucionais subentendidos pelo princípio da reserva legal: art. 25, par. 2.°, Constituição); e para verificar o caminho da distinção entre *dogmática* e *política do direito*, um "alicerce" – se releva – "da divisão dos poderes garante da forma do Estado de Direito", porque "é onde a distinção entre esses seja – não digo esfumada, fluida, flexível, 'suja', mas – anulada – o juiz não será mais verdadeiro 'sujeito da lei' (art. 101, par. 2.°, Constituição), tampouco a Corte Constitucional estará submetida ao veto de 'toda valoração de natureza política e todo controle sobre uso do poder discricionário do Parlamento (art. 28, Lei 11.03.1953, n. 87)' (...)".[95]

4.1 O domínio da prevenção geral sobre a dogmática e a primazia da interpretação

Assim, nesta verificação o impacto mostra-se deveras notável, se não devastador, porque o cenário atual registra o protagonismo crescente de métodos

---

di costituzionalità, in [www.penalecontemporaneo.it], acesso em 2013; em argumento conforme Morelli, *Il decreto ILVA: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, 2013; Sperti, *Alcune riflessioni sui profili costituzionali del decreto ILVA*, ibidem).
Portanto, também a questão incidental de constitucionalidade foi refutada, tendo a Corte considerado a censura inadmissível em parte e em parte infundada (Corte Constitucional, sentença 85 de 2013).

94. É a posição autorizada de Palazzo, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, cit., p. 154.

95. Donini, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, cit., p. 41; mas sobre as razões político-institucionais que impõem de distinguir a dogmática da política criminal – ou mesmo da separação de Poderes – conforme ainda Hassemer, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Rowohlt, Reinbeck bei Hamburg, 1974, p. 164 ss.

como a interpretação conforme (vez a vez à Constituição, ao direito da União Europeia, à CEDH), com êxito não raramente *in malam partem*, se não autenticamente criativas de novas *fattispecie* penais: como no caso – prontamente denunciado pela doutrina – da elisão fiscal,[96] na qual a tensão com o princípio da legalidade foi liquidada assumindo sem particulares esforços argumentativos a previsibilidade da nova intepretação desfavorável,[97] com argumentos que ecoam muito proximamente a doutrina anglo-saxã do *thin ice*: quem patina sobre gelo fino não poderá lamentar-se se, mais cedo ou mais tarde, acabar na água!

Ao mesmo tempo, assiste-se à uma progressiva (e agora exasperada) "flexibilização" de categorias dogmáticas fortemente permeada pela reconstrução (interpretativa) do juiz, se não a sua dissolução em experimentos de "política criminal cotidiana" (*Kriminalpolitik im kleinen*) frequentemente ratificadas em sede de legitimidade.

Em testemunho da crescente perda de "poder de definição" da dogmática (*Definitionsmacht*),[98] basta recordar as recentes reconstruções no tema da causalidade e do aumento de risco, bem exemplificadas na "famigerada" sentença sobre o terremoto de Áquila.[99] Ou seja, as periódicas flutuações dos confins entre dolo eventual e culpa consciente (aos diversos casos no tema de circulação viária, até o caso *Thyssen*), no sob "ambíguas intuições eticizantes" que periodicamente condicionam o *discrimen* parece premiar, precisamente, a ins-

96. Sobre o ponto, recentemente, Flora, *I vincoli costituzionali nell'interpretazione delle norme penali*, com vívidas notas críticas com respeito à decisão de legitimidade no evento *Dolce & Gabbana* (Seção II, 28.02.2012, n. 7739, in *questa rivista*, 2012, p. 4222 ss.); a orientação jurisprudencial vai-se consolidando: conforme Seção III, 06.03.2013, n. 19100, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 81 ss., com nota crítica de Dell'osso, *L'elusione fiscale al banco di prova della legalità penale.*

97. Segundo o destino que vai firmando pés: conforme, em tema de estelionato e delito fiscal, Seções Unidas, 28.10.2010, n.1235, Giordano, disponível em: [www.penalecontemporaneo.it] (acesso em: 28.01.2011), e mais recentemente – em tema de roubo impróprio – Seções Unidas, 19.04.2012, n. 34952, Reina, com notas de Gatta, *sulla configurabilità del tentativo de rapina impropria in ipotesi di mancata sottrazione della res.*
No caso da elisão fiscal, a relevância penal era – francamente – bem distante de ser razoavelmente previsível: veja-se, com argumentos convincentes, A. Dell'osso, *L'elusione fiscale al banco di prova della legalità penale*, cit., p. 89 ss.

98. W. Hassemer, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, cit., p. 184 ss.

99. Conforme o Tribunal L'Aquila, 22 de outubro de 2012, n. 380, Juiz Billi, disponível em: [www.penalecontemporaneo.it], com notas de A. Galluccio, *Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale. Nesso causale ed addebito di colpa nella sentenza 'Grandi Rischi'.*

tância de dissuasão pouco a pouco *à la page*;[100] assim como as inúmeras hipóteses em que se contesta a *culpa sem* (algum acertamento de) previsibilidade.[101] Todos casos que demonstram como a "culpabilidade possa tornar-se um verdadeiro "derivado" da prevenção geral";[102] um derivado, isto é, de instâncias cujo último receptor e decisivo catalisador é exatamente – mais uma vez – o juiz, o qual pode dar corpo a segunda da própria *animadversio* e da própria – como se dizia – *Weltanschauung*, sendo agora liberado dos limites do sistema e aparecendo sempre menos inclinado a observar os ditames de uma dogmática sempre mais contaminada pela própria jurisprudência.[103]

E mais: motes disciplinares na íntegra parecem hoje confiados a uma total definição jurisprudencial, e entre estes sobressai o setor da execução penal, que aparece sempre mais um autêntico *rechtsfreier Raum*, por mais confiado a "poderes atípicos" reconhecidos ao juiz, e por estes pouco a pouco sensibilizados e potencializados para buscar uma solução qualquer que em sede de cognição não conseguiram atingir: recordam-se, *inter alia*, as muitas relações recentes que – bem distantes da "histórica" sentença da Corte Constitucional que introduziu uma nova causa de revisão na hipótese de condenação pronunciada em violação por uma norma da CEDH[104] – interessaram ao "judicado",

100. Sobre o ponto, mais recentemente, Canestrari, *Dolus eventuais in re licita: limite e prospettive, em Ind.pen.*, 2013, p. 23 ss., 27 ss., 31; Pulitanò, *I confini del dolo. Uma riflessione sulla moralità del diritto penale*, em Riv. it. dir. proc. pen., 2013, p. 22 ss.; mas conforme ainda, no que tange ao elemento subjetivo do delito de lavagem, M. Ronco, *Dolo, colpa, responsabilità oggettiva per il delito di riciclaggio*, em In. pen., 2013, p. 11 ss., 16 ss. (e referências bibliográficas citadas na nota 12), segundo o qual "O ativismo *contra legem* do formador jurisprudencial introduziu em verdade uma distonia na relação entre os poderes do Estado, em particular entre o órgão democrático de formação das leis e autoridade judiciária, com um artificial deslocamento tendencioso desta última sobre o poder legislativo".

101. No entanto, as "técnicas evasivas" sobre este fundamental ponto podem ser diversas: remeto, a respeito, a perspicaz pesquisa de Castro Nuovo, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009, p. 194 ss.

102. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistemática*, em *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 124 ss.

103. Sobre o ponto, remete-se ainda às valiosas observações de Insolera, *Dogmatica e giurisprudenza*, disponível em: [www.penalecontemporaneo.it], acesso em: 18.11.2013.

104. A referência é a sentença n. 113 de 2011, com a qual, como é sabido, declarou-se ilegítimo constitucionalmente – por violação do art. 46, par. 1, Cedh e por isso, do art. 117, par. 1, Constituição – o art. 630, CPP, na parte em que não prevê um caso diverso de revisão da sentença ou do decreto penal de condenação a fim de conseguir

ulteriormente erodindo a concretude, e entre estes também a conclusão da saga dos assim nominados "filhos de um Deus menor", na qual a Corte Constitucional reconheceu que "o judicado penal não impede ao juiz de intervir sobre título executivo para modificar a pena, quando a medida desta é prevista por uma norma da qual é reconhecida a ilegitimidade convencional, e quando um tal reconhecimento sustenta um juízo altamente provável de ilegitimidade constitucional da norma por violação do art. 117, par. 1.°, Constituição."[105]

---

a reabertura do processo quando seja necessário, no sentido do citado art. 46, par. 1, da Convenção, para conformar-se a uma sentença definitiva de condenação da Corte Europeia de Direitos Humanos. Para o ordenamento italiano, trata-se de um ponto de modificação épico, amplificada pelo fato que o novo caso de revisão não ficou circunscrito à necessidade de conformar-se às condenações em sede europeia que tenham constatado a mera violação do *fair process*, no sentido do art. 6.°, CEDH, mas aparece estendido a abarcar também as condenações também objeto de violação de normas substanciais da CEDH.

Sobre a decisão, vejam-se os comentários de Canzio, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale,* em AIC (Revista eletrônica), 2011, 2; Kostoris, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne,* 7 ss.; Ruggieri, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto com la Convenzione europea dei diritti umani... ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cederei l passo ala certezza dei diritti,* p. 12 ss.; Iacoviello, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo,* em *questa revista,* 2011, p. 794 ss.; Gaeta, *Dissoluzione del giudicato ed euristica giudiziale dopo la sentenza Dorigo,* em *Giustizia insieme,* 2011, p. 11 ss.; Gialuz, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte constituzionale crea la "revisione europea",* em *questa revista,* 2011, p. 3308 ss.; Ubertis, *La revisioni successiva a condanne della Corte di Strasburgo,* em *Giur. cost.,* 2011, p. 1542 ss. (e ainda Ubertis, *Diritti umani e mito del giudicato,* em *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2012, p. 787 ss., 789 ss.); Borsari, *La "revisione europea" del giudicato penale paradigma della complessità del diritto penale postmoderno,* em Res iudicata. *Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporânea,* coordenado por Sarra-Velo Dalbrenta, Padova University Press, 2013, p. 123 ss.; por último, sobre o tema, Sciarrabba, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, Internazionale e comparato,* Cedam, 2013, p. 31 ss.

105. Corte constitucional, n. 210 de 2013 (em *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1423 ss., com notas de Pecorella, *Dichiarata finalmente illegittima la norma del caso Scoppola:* lex mitior *o tutela dell'affidamento?*), no qual a Corte – sobre o ponto – assim concluiu: "No âmbito do hodierno incidente de legitimidade constitucional, tal relevo é suficiente para concluir que, com referência ao procedimento de adequação do ordenamento interno à CEDH, originado pelo pronunciamento da Grande Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Scoppola*, a coisa julgada não constitui um obstáculo insuperável que, ao invés do que ocorre como regra, limita os efeitos da obrigação conformativa aos meros casos ainda *sub iudice*".

Os exemplos poderiam continuar: mas os casos evidenciados denotam já o risco de um "domínio da interpretação sobre a dogmática" e de uma "jurisprudência legislativa"[106] – com ulterior passagem para uma "jurisprudência dogmaticamente orientada" a uma "dogmática judicialmente orientada" –, e manifestam flutuações jurisprudenciais na presença das quais se faz mais urgente a necessidade de introduzir instrumentos "sistemáticos" de garantia (como o *prospective overruling*[107]), não sendo mais administrável o fenômeno mediante recurso ao "extremo remédio" oferecido pelo "*error iuris* inevitabile" *ex* art. 5, CP,[108] tampouco parecendo prudente confiá-lo à volúvel afirmação (mais uma vez) jurisprudencial – que vai aflorando ainda em sede de legitimidade – da irretroatividade do *overruling* desfavorável.

4.2 Em direção contrária: "pressões mitigadoras" frente à crise econômica

Como os últimos exemplos acenados demonstram, ademais, é óbvio que a acrescida dimensão judicial do direito penal pode possuir diversos vetores de sentido, e não pode ser – também por isto – liquidada com conotações delicadamente negativas.

Em outros termos, se dadas intepretações ou "flexibilizações" dogmáticas atropelam a "natureza especial do direito penal" – que era clara e cara já a Arturo Rocco –, distorcendo "limites do sistema" e freios garantísticos que deveriam protegê-la, por outro lado percorrem uma diretriz diversa.

Parece-me – por exemplo – que instâncias de "exegese mitigadora" conduziram certa jurisprudência a maturar significativos resultados também em âmbitos nos quais a gravidade da crise econômica desnudou os atrasos do legislador e a excessiva rigidez das respostas penais,[109] até a *revirement* de orientações que mostravam-se tanto rígidas quanto consolidadas.

---

106. Risco assinalado também pelo componente do Conselho Superior da Magistratura, professor Giostra, *Intervento alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del distretto di Ancona*, disponível em www.penalecontemporaneo.it, asseverando a frequente superação – na interpretação jurisprudencial – de sua "carapaça semântica" característica de toda disposição, da qual esta "não pode fugir sem tornar-se diferente de si".

107. Ademais, por muito tempo invocado, ao menos a respeito das guinadas *contra reum*: Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 316 ss.

108. Ainda sobre o ponto, remeto ainda às claras páginas de Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 318 ss.

109. Sobre o ponto, conforme ainda Vietti, *Crisi economica e diritto penale*, cit., p. 7 ss.

Basta pensar na decisão[110] – "corajosamente responsável"[111] – em tema de bancarrota pré-falimentar fraudulenta, na qual a Cassação tratou das devidas consequências da configuração da declaração de falência como elemento constitutivo do delito, dessumindo-se as necessárias recaídas no ponto de acertamento causal e de elemento psicológico; ou seja – relação talvez mais diretamente influenciada pelo atual contexto de dificuldades financeiras no qual frequentemente está o empreendedor – às mais recentes tomadas de posição em matéria de omissa versação dos certificados retidos (art. 10-*bis*, d.lg. n. 74 de 2000) e de omissa versação do IVA (art. 10-*ter*, d.lg. n. 74 de 2000) com os quais se abre uma brecha para afirmar a ausência de culpabilidade quando o contribuinte demonstra – diferente da crise de liquidez – que a omissão não seja dependente de uma escolha sua (ou seja – particularmente – que não tenha recolhido menos, em relação ao todo, ao dever de alojamento do imposto precedentemente calculado).[112]

Aberturas apreciáveis, tanto mais porque avançadas no campo de "delitos de obrigação", ainda que – segundo alguns – ainda tímidas; e além disso confrontados por endereços rigorosos que parecem fincar pé nos mesmos ou em contíguos setores (como no mencionado caso da elisão fiscal, no qual as soluções interpretativas parecem fruto de um pré-juízo que assume – no atual contexto de forte recessão – o comportamento elisivo como "socialmente intolerável" e portanto merecedor – *coûte que coûte* – de repressão).

110. Seção V, 24.09.2012, n. 47502, Presidente Zecca, Relator Demarchi Albengo.

111. D'alessandro, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?* [comentários à Seção V, 24 de setembro de 2012, n. 47502, cit.], em www.penalecontemporaneo.it, acesso em 08 de maio de 2013, não sem apontamentos críticos sobre o percurso argumentativo e sobre as próprias premissas teóricas acolhidas na decisão.

112. Vejam-se, em particular, as decisões das Seções Unidas, 28.03.2013, n. 37424 e n. 37425 (ambas com nota de Valsecchi, *Le Sezioni Unite sull'omesso versamento delle ritenute per il 2004 e dell'IVA per il 2005: applicabili gli artt. 10-bis e 10-ter, ma com un interessante precisazione sull'elemento soggettivo*), na qual – no que tange ao elemento subjetivo – releva-se que "Não pode (...) ser invocada, para excluir a culpabilidade, a crise de liquidez do sujeito ativo no momento do decurso do prazo, quando não se demonstra que esta não dependa da escolha (postergada em 2005, em sede de aplicação da norma) de não cumprir devidamente a exigência prevista"; nesta linha, mais recentemente, Seção III, em 21.01.2014, n. 2614(sobre o tema, amplamente ainda Valsecchi, *Omesso versamento delle ritenute certificate e dell'IVA (artt. 10-bis e 10-ter, D.Lgs.74/00) per insolvenza del conttribuente*, contribuição para "*Il libro dell'anno Treccani 2014*", em [www.penalecontemporaneo.it]).

Ainda a respeito de tais aberturas, em todo caso, parece perceptível uma jurisprudência que – fazendo alavanca sobre uma *souplesse* hermenêutica agora conclamada – inclina a fazer-se intérprete das instâncias descuidadas da inelasticidade da lei, adaptando as categorias dogmáticas a estas mesmas instâncias.

5. A SEPARAÇÃO DE PODERES. FINAL DE PARTIDA?

Muitos outros perfis deveriam ser abordados, porque – o dizemos somente a propósito – o problema esboçado sobre viés substancial se representa "par ricochet" e em termos mais graves – se possível – sobre viés processual, na qual a clara distinção entre exercício da ação penal e a atividade de inquirição – na disciplina do código de processo – comportou "uma quase total "deregulation" desta última, que resulta dominada, do início ao fim, pelas determinações de todo autônomas – salvo pelo que resguarda a liberdade pessoal – do Ministério Público", especialmente em relação ao momento genético de inscrição da *notitia criminis*, "absolutamente "livre" e subtraído de toda possibilidade de controle e/ou valoração.[113]

No panorama atual, as mencionadas sinergias – reagindo com a evanescência de algumas *fattispecie* substanciais – tornam o ato que cristaliza a acusação – a capitulação da imputação – sempre mais diáfano: a enunciação do fato é sempre mais frequentemente substituída por uma sintética ilustração das fontes de prova e pelas consequentes considerações da acusação, segundo uma modalidade que "erode as margens do direito de defesa (...) e contemporaneamente, recupera o espaço da velha ordenança de reenvio ao juízo".[114]

Todos problemas amplificados – é claro – pela contiguidade patológica que conecta os membros da Procuradoria da República à *media*: à extrema suavidade da legalidade (substancial e) processual corresponde – com um paradoxal abismo – a absurda dureza das consequências sobre direitos individuais deflagradas pelo ingresso no "circo midiático-judiciário",[115] segundo uma praxe distorciva que qualquer um desejaria ademais legitimar invocando – frequen-

113. Nesta linha, já há mais de 25 anos, Contento, *L'insostenibile incertezza delle decisioni giudiziarie*, cit., p. 947 ss. (ainda em Contento, *Scritti 1964/2000*, coordenado por G. Spagnolo, Laterza, 2002, p. 355 ss.); para uma recente, veemente crítica destes perfis veja-se ainda Insolera, *Il processo lungo*, em *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 913 ss.

114. Insolera, *È l'epoca dei giudici o dei pubblici ministeri? E gli avvocati?*, 2014 (em vias de publicação).

115. Soulez Larivière, *Du cirque médiatico-judiciaire et des moyens d'em sortir* (1993), *Il circo mediatico-giudiziario* (trad. Italiana de Ferrara), Macerata, liberilibri, 1994.

temente de modo arbitrário e parcial – a tutela convencional do direito de crônica e a jurisprudência da Corte Europeia.[116]

Mas é tempo agora de encaminhar-se ao fim destas reflexões.

Procurou-se lançar luz como o fenômeno da expansão da dimensão judicial do direito penal possui raízes salientes e articuladas, e não constitui – portanto – uma espécie de "fratura da civilização jurídica", imprevisível e irrepetível.

Se é assim, quais conclusões é possível trazer – portanto – sobre o "papel do juiz", posto a cavaliere – como recita o título deste artigo por mim subscrito – entre (insistentes) "pressões de exegese adequadora" e (sempre mais tênues) "limites do sistema"?

Qual o futuro, sob a questão de fundo, para a separação de Poderes e para o significado garantístico subentendido no princípio de submissão do juiz à lei, denso de significados e que recai propriamente sobre a matéria penal? É ainda atual o princípio montesquiano, ou será relegado ao armário das recordações, como sugeriu, sob diversa perspectiva, um dos estudiosos mais autorizados – Bruce Ackermann – desta temática?[117]

Certamente se tem a impressão de se haver chegado a um impasse: se o sentido da "separação" pressupõe uma homogeneidade entre os diversos poderes que se intenta "contrapor", e uma positiva "isotonia" filtrada pela membrana que os divide, em diversas partes se evidencia como este equilíbrio osmótico está agora profundamente alterado, sendo um dos poderes em jogo sensivelmente mais inflado, em detrimento dos outros,[118] que mostram-se vistosamente enfraquecidos.

---

116. Invocando as (não poucas) decisões que reconhecem em linha de princípio uma primazia da liberdade de manifestação, e ao direito de crônica com relação ao sujeitos políticos, esquece-se frequentemente da Recomendação (2003) 13 do Comitê dos Ministros do Conselho da Europa (adotada 10.07.2003), que é composta por 18 artigos, grande parte dos quais pacificamente transgredidos no atual arranjo das relações justiça/mídia, a começar pelo primeiro critério limite fixado, qual seja, o respeito à presunção de inocência: "O respeito ao princípio da inocência constitui parte integrante do direito a um processo justo. Os pareceres e informações relativos a procedimento penal em curso deverão ser comunicados ou difundidos pelos meios de comunicação somente se assim não prejudicarem a presunção de inocência da pessoa suspeita ou imputada de um delito" (Princípio 2).

117. Ackermann, *Good-bye Montesquieu*, em Ackermann-Lindseth, *Comparative Administrative Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2010, p.128 ss.

118. Vejam-se ainda, sobre o ponto, as considerações de Insolera, *Dogmatica e orientamento della giurisprudenza, cit*; em análoga premissa, mais recentemente, também

Uma tentativa de reequalização deveria obviamente operar sobre mais frentes, e antes de toda a política, porque – como se disse à exaustão – "a terapia da lei adoentada é uma passagem fundamental para a correta refundação do equilíbrio entre os poderes".[119]

Mais genericamente, a impressão é que a separação dos Poderes não seja mais concebível como mero *limite externo*, mas deva enriquecer-se de contrapesos ínsitos aos mesmos poderes que quer equilibrar.

A partida que se abre portanto é aquela dos *controles internos* ao sistema judiciário, em tutela dos mesmos protagonistas, muito frequentemente superexpostos no desenvolvimento de suas funções: isto significa não só reclamar a questão (ainda aberta) da responsabilidade profissional dos magistrados, muito emaranhada em uma polêmica tanto estéril quanto instrumental;[120] mas implica um profundo repensar do *background* cultural e operativo do juiz, do seu perfil de jurista, a partir do tema da *formação*, e do próprio *acesso* às funções,[121] até aquele – entretanto central – das suas *condições de trabalho*.[122]

---

as reflexões – e as soluções – de BIN, *A discrezione del giudice*, Franco Angeli, 2013.

119. Vietti, *Crisi economica e diritto penale*, cit., p. 8.

120. Tema amaldiçoado, como se sabe, tanto que quem tem coragem de falar a respeito (por último, ainda, Vietti, *Facciamo giustizia. Istruzioni per l'uso del sistema giudiziario*, Milão, 2013, p. 133 ss.) arrisca-se de ser tachado de possuidor do mesmo espírito maligno do partido anti-juízes; e não obstante o tema é central, mesmo porque a ausência de responsabilidade política e a perdurante ausência de mecanismos de responsabilidade profissional – como repetidamente sublinhou Domenico Pulianò – faz da publicidade de todas as fases processuais (também do procedimento e da investigação) o único garante da democraticidade da função judiciária, da lisura da administração da justiça, sobrecarregando o tema da transparência em prejuízo das instâncias de discrição, e alimentando o ciclo vicioso justiça/mídia.

121. Analogamente, Palazzo, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, cit., p. 173 s.

122. A partir, obviamente, das condições de trabalho do juiz de legitimidade, que deveria assegurar a observância da norma, não obstante opere a tempo em condições absolutamente anormais com relação à grande parte das jurisdições supremas análogas: significativo que a dúvida sobre a possibilidade de gerir uma "atividade jurisdicional que é tremendamente complicada" – e sobre a possibilidade de realizar a tarefa de torna-la o mais uniforme possível – debruça-se um recente escrito de Lattanzi, *La Cassazione penale tra lacune legislative ed esigenze sovranazionali*, em *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, cit., p. 78 ss., 94; sobre o ponto, recentemente, Dominioni, *La Corte assediata*, em *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1385 ss.

Como pano de fundo, a necessidade de introduzir mecanismos de governo do precedente – e da volubilidade jurisprudencial – parece alcançar alternativas que constituem dilemas: por exemplo, reforçando os poderes do vértice judiciário se pode talvez assegurar maior previsibilidade ao sistema, mas a custo de ulteriormente engrossar o poder judiciário no seu complexo; de outra parte, a introdução de mecanismos de *stare decisis* deduz o risco de todo transplante legal,[123] risco altamente previsível caso se pense que o instituto opera de modo muito diverso em países pertencentes à mesma família do *common law*.[124]

Temas vertiginosos, em suma, que aqui – em conclusão – podem ser somente acenados; e problemas que se entrecruzam, especialmente aqueles da *responsabilidade* e da *formação*, porque no fundo o denominador comum é a *legitimação* de quem decide, que nos dois termos do discurso é diretamente proporcional: além disso, o juízo – como se autorizadamente sublinhou – é sempre um saber-poder, tanto mais legítimo quanto maior é o saber e quanto menor é o poder.[125]

É nesta mesma perspectiva que a dogmática – como instrumento de controle crítico, e de sujeição do poder a instâncias de racionalidade – deve buscar a estrada para reafirmar a essencialidade do próprio papel, não resumindo-se à reluzente "autonomia criativa" da jurisprudência, tampouco fechando os olhos a essa, mas vigiando percursos e resultados, e continuando a insistir para eliminar "os argumentos *ab auctoritate* que não se demonstram racionalmente fundados".[126]

---

123. Conforme, por exemplo, Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, em Harvard International Law Journal, 2004, n. 45, p. 1 ss.

124. A este respeito Atiyah-Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, Clarendon Press, Oxford, 1987, passim.

125. Ferrajoli, *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, em *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, cit., p. 19 ss.

126. Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., p. 88: "Quanto mais se enfraquece o pensamento dogmático tanto mais a argumentação jurídica fundada na autoridade da tradição e da experiência se subtrai ao controle racional, e aumenta a possibilidade que nos processos de concretização do direito forme-se um resíduo irracional produzido por elementos não cognitivos provenientes da pré-compreensão subjetiva do juiz".

MANES, Vittorio. O papel poliédrico do juiz penal – Entre as pressões da hermenêutica e os limites do sistema. Trad. Antonio Tovo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 457-497. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A garantia do juiz natural: Predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador, de Gustavo Badaró - *RBCCrim* 112/165-188 (DTR\2015\1979);
- Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: Diálogos entre discricionariedade e democracia, de Georges Abboud e Guilherme Lunelli - *RePro* 242/21-47 (DTR\2015\3679);
- Imparcialidade e impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal - *RePro* 149/339 (DTR\2007\794); e
- O novo papel do judiciário e a teoria da separação dos poderes: Judicialização de direitos?, de Lívia Regina Savergnini Bissoli Lage - *RePro* 184/163-194 (DTR\2010\345).

MANES, Vittorio. O papel poliédrico do juiz penal - Entre as pressões da hermenêutica e os limites do sistema. Trad. Antonio Tovo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 114. ano 23. p. 457-497. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.